



Universidade do Porto
Faculdade de Direito

Marieta Izabel Martins Maia

Direito Fraternal: em busca de um novo paradigma
jurídico

Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas

Trabalho realizado sob a orientação do Professor
Doutor Paulo Ferreira da Cunha

10 Setembro de 2010

Prece

Senhor!

- Livrai-nos de um amor
inexpressivo pela vida e de um temor
sem nome pela morte.

- Livrai-nos
do demónio do tédio,
da tentação do atordoamento,
dos infernos da rotina,
do fogo fátuo do orgulho
ou da tepidez de falsas humildades.

- Livrai-nos
dos avaros de paixão,
do enxofre da subserviência,
do purgatório da indiferença,
do exílio da ingratidão,
da asfixia de rótulos e amarras,
da gangrena de toda a covardia,
ou do deserto do desamor.

- Livrai-nos
da tentação de sermos
superiores ou inferiores a alguém,
do pântano das frustrações,
das máscaras dos vícios,
da fantasia das virtudes,
das fugas, da depressão,
da miragem dos caminhos,
da ferrugem do ódio,
da atrofia da força,
do viver sem vocação.

- Livrai-nos dessas tentações
ou livrai-nos de nós mesmos.
Agora e para todo o sempre
Amém!

Paulo Bomfim

Decano da Academia Paulista de Letras
Príncipe dos Poetas Brasileiros

Blowin In The Wind

Composição: Bob Dylan/v.: Diana Pequeno

Quantos caminhos
Um homem deve andar
Prá que seja aceito como um homem
Quantos mares
Uma gaivota irá cruzar
Prá poder descansar na areia
Quanto tempo
As balas de canhões explodirão
Antes de serem proibidas

The answer my friend
is blowing in the wind
The answer is blowing in the wind
Quantas vezes deve um homem olhar prá cima
Para poder ver o céu
Quantos ouvidos um homem deve ter
Para ouvir os lamentos do povo
Quantas mortes ainda serão necessárias
Para que se saiba que já se matou demais

The answer my friend
Is blowing in the wind
The answer is blowing the wind

Quanto tempo pode uma montanha existir
Antes que o mar a desfaça
Quantos anos pode um povo viver
Sem conhecer a liberdade
Quanto tempo um homem deve virar a cabeça
Fingindo não ver o que está vendo

The answer my friend
Is blowing in the wind
The answer is blowing in the wind

RESUMO

Neste trabalho procuramos estudar o surgimento de um novo paradigma: o Direito Fraternal. Sob a ótica da dimensão constitucional, onde se busca analisar, concomitantemente, o conceito mais amplificado de cidadania e soberania estatal, no contexto global da pós-modernidade, utilizando-se como material de pesquisa a escassa bibliografia existente sobre o tema. Procuramos, também, estudar as mudanças paradigmáticas que sofreram os Direitos Humanos na evolução da humanidade. Vislumbrando-se como pano de fundo a mudança do paradigma do direito objetivo (das coisas), para o subjetivo (das gentes) e o Fraternal (das relações entre as gentes). O material utilizado como base foi o livro de Eligio Restá, “Direito Fraternal” como também pesquisa bibliográfica e artigos científicos acerca dos direitos humanos, cidadania, soberania, e política, além de Revistas especializadas na área e pesquisa virtual.

Palavras-chave: Direito Fraternal. Direitos Humanos. Direito Constitucional. Cidadania. Soberania.

ABSTRACT

In this work we try to study the appearance of a new paradigm: the Fraternal Right. Under the optics of the constitutional dimension, where it is looked to analyse, concomitantemente, the most amplified concept of citizenship and state-owned sovereignty, when the scarce existent bibliography is used like material of inquiry on the subject. We try to study, also, the changes paradigmáticas what suffered the Human rights in the historical evolution of the humanity, in the global context of the powders-modernity. When there is glimpsed like backdrop the change of the paradigm of the objective right (of the things), for the subjective thing (of the people) and the supportive thing (of the relations between the people). The material used like base was the book of Eligio Resta, “ Fraternal Right ” as also bibliographical inquiry and scientific articles about the human rights, citizenship, sovereignty, and politics, besides Magazines specialized in the area and virtual inquiry.

key words: Fraternal right. Human rights. Constitutional right. Citizenship. Sovereignty.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	06
1 - CAPÍTULO I – DIMENSÃO FILOSÓFICO-ONTOLÓGICA - O DIREITO FRATERO COMO CATALISADOR DOS DIREITOS HUMANOS.....	12
1.1 O PROBLEMA DO CONCEITO.....	12
1.2 CONCEPÇÕES DE SOLIDARIEDADE.....	13
1.3 POSSÍVEIS DENOMINAÇÕES PARA O NOVO PARADIGMA DO DIREITO.....	15
1.4 REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS.....	18
1.5 MUDANÇA DE PARADIGMAS DOS DIREITOS HUMANOS.....	22
2 - CAPÍTULO II – DIMENSÃO CONSTITUCIONAL – DIREITO FRATERO: VALOR PARA A EFICÁCIA DO DIREITO.....	35
2.1 A FRATERNIDADE CONSTITUCIONALIZADA.....	35
2.2 DIREITO FRATERO: PRINCÍPIO E CATEGORIA CONSTITUCIONAIS.....	42
2.3 O CONTRIBUTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PARA O SURGIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA DO DIREITO.....	46
3 - CAPÍTULO III – DIMENSÃO POLÍTICA – DIREITO FRATERO, CIDADANIA E SOBERANIA ESTATAL.....	52
3.1 O DIREITO FRATERO EFETIVANDO O CONCEITO DE CIDADANIA MUNDIAL NA PÓS-MODERNIDADE GLOBALIZANTE.....	52
3.1.1 UMA VISÃO PSICO-FILOSÓFICA.....	52
3.1.2 A CIDADANIA MUNDIAL E A GLOBALIZAÇÃO ÉTICA.....	54
3.2 DIREITO FRATERO: FATOR PREPODERANTE PARA OS LIMITES DA SOBERANIA ESTATAL.....	58
3.2.1 UMA ABORDAGEM CONTEMPORÂNEA DE SOBERANIA.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	72
ANEXOS.....	77

O tema que propomos consiste em pensar filosoficamente a teoria e a prática do Direito à luz da fraternidade como categoria, postulado, fundamento, princípio ou valor jurídicos. Qual destas categorias, ou todas, ainda é questão para muitas indagações, que a seu tempo irão burilando a doutrina. Tendo-se sob mira o estudo do Direito e da Justiça, enquanto fim do Direito, levando-se em consideração o processo contemporâneo de globalização pelo qual passa a humanidade.

Ao mesmo tempo, lançando-se mão da Filosofia como um exercício pensante, reflexivo e interrogativo, sobre o saber, valor e fundamentos de um Direito que está a surgir como novo paradigma para o Direito e, sobretudo, para a Filosofia do Direito.

De acordo com a prescrição de Antonio Braz Teixeira que nos ensina que “a Filosofia não é, como os outros tipos de saber, um corpo de doutrina, um acervo de conhecimentos ou um conjunto articulado de soluções ou de respostas, mas um processo, uma atividade permanente de interrogação sobre o próprio saber, seu valor e seus fundamentos.”¹

Utilizar-se da dimensão jurídica do conceito de fraternidade, pode-se constituir num elemento essencial para a resolução dos problemas enfrentados pela sociedade cosmopolita, onde poder-se-á, provavelmente, promover uma mudança substancial nas relações humanas, que implicará numa escala desde a busca do bem comum culminando com a implantação de um Direito que almeja e demanda o bem de toda a coletividade.

Com a efetivação de um Direito Fraterno pode-se estabelecer parâmetros essenciais para a compreensão e resolução dos problemas enfrentados pelos nossos Países, como também, dos outros Estados, confraternizando-os como se fossem pertinentes ao nosso; e, dessa forma, poder implementar, paulatinamente, uma mudança radical nas relações internacionais, com o intuito de estabelecer não somente a busca do bem comum de toda a humanidade, mas uma nova visão do cidadão, enquanto habitante e possuidor de direitos, neste contexto intercultural.

Para isto objetivamos pesquisar as mudanças de paradigmas. E nessa indagação avultam os direitos humanos como principal contributivo para o estabelecimento da fraternidade como postulado, categoria Jurídico-Constitucional, cujo despontar veio a projetar-se muito tardiamente, em relação e proporção às suas duas companheiras, a liberdade e a igualdade.

¹ TEIXEIRA, Antonio Braz - *Sentido e Valor do Direito*, p. 15

Estudar o processo desse novo paradigma para o direito, leva-nos a refletir sobre as mudanças de paradigmas, que se encontram intimamente ligadas ao desenvolvimento de um novo conceito de Soberania do Estado, que se processa inserido num conceito mais democrático plural e flexível, no contexto de uma sociedade cosmopolita e globalizante.

Concomitantemente, relacionamos, nessa perspectiva pós-moderna, um outro novo conceito (novo, ou renovado – porque cidadania vem desde, pelo menos, a civilização clássica), o da cidadania. Agora, o conceito modelou-se e evoluiu: e fala-se em cidadão do mundo, cidadão solidário, ambos decorrentes de uma maior flexibilização política, jurídica e social, conquistada com o exercício constitucional dos direitos fundamentais, que culminou com o início efetivo da implantação universal dos Direitos Humanos.

Esta implantação, em curso, soa hoje como uma conquista que será desenvolvida e continuada numa prática, que poderá se expandir com a exercitação do direito fraterno, provavelmente, como próximo paradigma que despontou nos pactos e convenções internacionais e em algumas Constituições democráticas, com relação a tutela do Direito Fraternal, Altruísta, holístico ou Solidário, conforme alguns autores o denominam.

Utilizamos a pesquisa bibliográfica baseada em leituras e discussões envolvendo o Direito Fraterno, a evolução dos Direitos Humanos Fundamentais, assim como o conceito de Cidadão do Mundo, em contraponto com um conceito mais atual da soberania do Estado.

O Direito Internacional, ao acompanhar o desenvolvimento das sociedades, e, conseqüentemente, adequar-se à realidade globalizante que hoje substancialmente emerge e cresce a cada dia, transmuta o indivíduo do processo de individuação para o de cidadão do mundo.

Ao mesmo tempo, importa refletir sobre o conceito de fraternidade como princípio inserido entre os princípios que regem não só as nossas Cartas Magnas, como também a Constituição de outros Estados e os pactos e convenções internacionais.

Neste âmbito, nosso conceito de Direito Fraterno está, também, diretamente ligado à aplicação prática, atuação ou metodologia do Direito Fraterno, que, provavelmente, será objeto de estudo posterior.

O processo de cidadania, atualmente, é um *continuum* de faz-se e refaz-se permanente, inserido num contexto que decorre cada vez mais de novas condições de

tempo e espaço, e - por que não dizê-lo? - de uma crescente dialética proveniente de experiências fenomenológicas e virtuais.

Busca-se aprender e apreender muito rapidamente num período de tempo e espaço mínimos, uma quantidade considerável de informações que tornam o ser humano sem parâmetros, limitações físicas, transmutando-o rapidamente para diversos lugares, amplificando e irrestringindo, por consequência, seu espaço, seu campo de atuação.

A cidadania internacional ou mundial é uma expressão em nossos dias adotada por diversos autores, como J. Habermas e Norberto Bobbio.

O Direito Internacional Público busca garantir os Direitos Internacionais dos Direitos Humanos aos cidadãos, independentemente de onde estejam, se no seu País de origem ou noutro qualquer, exigindo juridicamente dos Estados a tutela e o respeito aos Direitos Humanos no âmbito internacional, sejam estes condizentes ou não com a respectiva Constituição do País, ou até mesmo, independentemente, dos Países terem ou não Constituição.

O homem é considerado titular de direitos, no âmbito internacional, perante os Estados Democráticos e a realidade da cidadania mundial remete-nos a doutrina kantiana do direito cosmopolita, cuja ênfase é dada ao direito dos povos e não dos Estados.

Dessa forma, pesquisa-se a defesa irrefutável do Direito Fraternal na proteção internacional dos Direitos Humanos, levando-se em consideração uma nova visão de soberania estatal, cuja modernidade reflete, por conseguinte, o inovador *status* físico-espacial do cidadão, que passa a ser denominado “cidadão do mundo” ou “...mundial”, eclodindo no questionamento referente ao surgimento e desenvolvimento do Direito Fraternal como paradigma de uma nova Era do Direito, na medida em que desenvolveram-se o Direito à Liberdade e Igualdade, provenientes dos estados de privação e atrocidades sofridos pela humanidade.

O Direito Fraternal desponta com a necessidade premente de sermos amigos, irmãos, fraternos, ou ao menos, num mínimo de exercício de humanidade nas relações interpessoais, que, provavelmente culminará com um Direito mais justo, configurado por um panorama ético, colocando-se sempre antes no lugar do outro, antes de o julgar e sentenciá-lo. Enfim, cumprir o estabelecido nas Constituições e ratificado nas Convenções Internacionais.

A verdade é que se faz necessária uma reavaliação sobre o conceito de soberania do Estado, onde não se possa permitir nem inserir o abuso do Poder Estatal em detrimento dos princípios da dignidade, liberdade e igualdade do ser humano global, presentes, no Brasil, não só na Constituição Federal, mas também na legislação pátria dos outros Países, bem como nos pactos e convenções internacionais.

Do ponto de vista acadêmico, este estudo pretende acrescentar literatura e servir como fonte para futuras pesquisas científicas e acadêmicas sobre o tema em tela, uma vez que é bastante escasso o material literário quanto ao assunto.

Vislumbra-se que o Estado Democrático de Direito consagre a Fraternidade como princípio maior fazendo florescer cada vez mais o respeito à dignidade da pessoa humana, dando o amparo da juridicidade a tantos cidadãos que insofismavelmente têm direitos individuais e globais à tutela jurídica adequada.

Clóvis Beviláqua, em sua consagrada obra “Direito Público Internacional”², afirmava a solidariedade como fundamento do Direito Internacional, fenômeno social de alta relevância, pelo qual devemos considerar a consciência de que as nações têm interesses comuns, e, não, meramente a soberania, que é princípio do direito interno.

Tomando-se a fraternidade como uma das vertentes da solidariedade, a tendência será, provavelmente, estender-se a todos os povos e comunidades da terra, para protegê-los conferindo-lhes a plenitude dos direitos, aos que se organizarem regularmente.

Ao contrário do que se imagina hoje, a solidariedade como valor ou virtude desponta em uma das formas em que se concretiza a idéia de justiça, e vai, inclusive, dominando as relações internacionais.

O principal referencial teórico está intrínseco nas Constituições dos Países democráticos de direito, onde os direitos constitucionais e civis expressos estão relacionados de forma direta com a Declaração dos Direitos Humanos, pactos e convenções internacionais. É o caso, desde logo, de Portugal, com o art. 16.º da Constituição, que remete explicitamente para a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Na área internacional, segundo as lições de Norberto Bobbio extrai-se que "os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais"³.

² BEVILÁQUA, Clovis. Direito Público Internacional, p. 11

³ BOBBIO, Norberto. op. cit. P. 30-32.

Portanto, de tudo o dito até agora já se poderá de algum modo suspeitar que há vasto campo de pesquisa no que se refere ao Direito Fraternal que embasa o problema que ora estudamos, até porque faz-se necessário que os Estados Democráticos de Direito consagrem-no como princípio maior de respeito à dignidade da pessoa humana, dando juridicidade às necessidades de proteção jurídica dos cidadãos que têm direitos individuais e globais.

Perez Luño propõe como conceito mais avançado de Direitos Humanos, “Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”⁴.

O crescimento da literatura poderá surgir sobre o tema a partir deste estudo e de outros que poderão advir, trazendo-nos novos subsídios com o intuito de construir uma nova velha consciência sobre o Direito, os Direitos Humanos, não só nos operadores do direito ligados à área internacional, mas, acima de tudo, nas sociedades onde haverá, provavelmente, o desenvolvimento mais adequado do bem comum e, conseqüentemente, da justiça, acerca da obrigatoriedade da punição legal daqueles que possam agir ao seu arbítrio, escudando-se na Soberania do Estado, eventualmente como cumprimento de dever profissional, mas em detrimento da dignidade da pessoa humana.

No primeiro capítulo deste nosso trabalho, o Direito Fraternal será abordado como um paradigma que está presente na base da preservação dos Direitos Humanos. E para isto iniciamos com o conceito etimológico, arriscamos muito timidamente um conceito para o Direito Fraternal e prosseguimos o capítulo analisando a evolução dos Direitos Humanos como mudanças de paradigmas, onde cada conquista teve o brilho e o cheiro correspondente da luta respectiva.

No capítulo seguinte, procuramos abordar o Direito Fraternal sob uma dimensão constitucional, onde, inicialmente, é identificado como valor que gera e gerará grandes princípios, abordando-o, em seguida, como princípio e categoria constitucionais e, por fim, a contribuição do neo-constitucionalismo para o surgimento desse novo paradigma.

No terceiro e último capítulo, buscando-se uma dimensão política do Direito Fraternal, abordaremos sua efetiva participação na concretização da cidadania mundial e,

⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique - *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 48. (tradução livre).

quase que decorrendo disso, o Direito Fraternal como fator preponderante para uma abordagem pós-moderna de soberania estatal.

A proposta de nosso trabalho é essencialmente ir desvendando, ainda que perfunctoriamente, indícios filosóficos desta pista teórica, despertando-nos para a possibilidade em identificar, na atualidade do Direito e diante do atual processo de globalização, dois caminhos: o primeiro, no qual prevalece a letra da lei e que pode gerar a violência disseminada ou culminar em tragédia, como se viu nas duas grandes guerras do século XX; ou enveredar-se para o caminho do direito humanista, um direito promocional da pessoa humana, que respeita as culturas, o cosmopolitismo pós-moderno, e que, ao mesmo tempo é comprometido com a história moral e jurídica, vivenciada por cada povo.

Pensamos que estamos num tempo em que é imprescindível refletir e analisar sobre as mudanças ocorridas e as que estarão por vir, considerando que algumas Constituições já renunciaram o alvorecer de um Direito, que alguns chamam de Fraternal, outros de Altruísta, solidário. Enfim, independentemente da denominação, que seja um Direito bem-vindo de valores, virtudes e princípios.

De acordo com Paulo Ferreira da Cunha, ainda na introdução do seu recente livro “Geografia Constitucional”, “E obviamente acima das normas estão os princípios, os valores e as virtudes, que mais importam. Apesar de a pirâmide normativa dever ser rigorosamente observada, a verdade é que mesmo leis boas com maus aplicadores (ausência de valores e virtudes) sempre serão letra morta. E boas leis sempre se fundarão em bons princípios.”(CUNHA, 2009, p.18).

CAPÍTULO I – DIMENSÃO FILOSÓFICO-ONTOLÓGICA

“A alegria anuncia sempre que a vida triunfou”

Bergson

I - O DIREITO FRATERNAL COMO CATALISADOR DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 O PROBLEMA DO CONCEITO

Conceituar torna-se tarefa árdua quando estamos no campo das ciências humanas, e com o Direito não pode ser diferente, posto que, é essencialmente humano. Será certamente empresa ainda mais complexa e sujeita a erro.

Não conceituando propriamente, mas indo ao ponto. Segundo Celso Lafer: “O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem.”⁵

O Direito é voltado e, só tem sentido, em função do homem, relacionando-se ou não, sendo altero ou não, mas o importante é que, sendo humano, o seu ser é mutável, sem ser volúvel, mas dono de uma *performance* de mutabilidade, que diz respeito ao processo de sua evolução humana, existencial, psicológica e - por que não dizer ? - , holística, cosmopolita e intercultural.

Fala-se, já durante um razoável espaço de tempo, em paradigma, e como tudo que entra na moda é normalmente vulgarizado. Contudo, buscamos adotar uma visão de paradigma que melhor se adequasse ao tema proposto. E que fosse útil para a pesquisa que empreendemos.

O conceito de paradigmas, anteriormente, confundia-se com *Weltanschauung*, sistema filosófico, sistema de pensamento, cosmovisão/matriz ou marco teórico, teoria de sociedade, etc.

No entanto, o conceito de paradigma⁶, pode ter duas faces ou dois momentos: um como conjunto de conceitos, pressupostos e preceitos básicos com que usamos nossos cérebros individual e/ou coletivamente, para que tenhamos a possibilidade de perceber-nos no e como parte do ecossistema ou da realidade; e o outro como produto

⁵ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 118.

⁶ BRANDÃO, Zaia (org.) A Crise dos Paradigmas e a Educação. São Paulo: Cotez Ed., 1994.

ou resultado do uso desses pressupostos e preceitos em forma de entendimento, explicações, conhecimentos, teorias, ciência sobre nossa realidade planetária e cósmica, para organizar-nos, agir, reproduzir-nos e produzir nossa sobrevivência em cada época e região, que busca atender às necessidades humanas ou de todos os seres participantes do ecossistema ou realidade.

Podemos referir-nos ao primeiro momento ou a primeira face como paradigma-instrumento e, ao segundo, como paradigma-produto.

Os paradigmas-instrumento são construtos generalistas, de provável abrangência global e de vigência mais duradoura, marcados mais pela época do que pela geografia, pois são, supostamente, mais universais; enquanto que os paradigmas-produto são ramificações, especializações profissionais dos generalistas são também construtos, mas menos permanentes, mais evolutivos e mais marcados pelo local em que surgem, enfraquecendo ou até esquecendo seus vínculos de filiação com a grande matriz e suas relações de parentesco interdisciplinar.

Em uma perspectiva histórico-cultural, é possível debater, no início do século, a herança epistemológica, os grandes influxos das correntes de pensamento e das práticas científicas, indo ao encontro das inquietudes contemporâneas, sobretudo, do percurso ocidental e projetando certas expectativas de futuro.

Paulo Ferreira da Cunha assim menciona sobre a origem do ternário do iluminismo francês: “É para nós profundamente simbólico que a fechar este círculo de tempo e idéias esteja de língua e pensamento em português. Lembremos que o ternário sagrado da Revolução Francesa terá sido presumivelmente criado por Saint Martin, sob influência do judeu português Martins Pascoal”(in Da Cunha, 1999, p. 251 ss.).⁷

Os paradigmas são, assim, andarilhos, viajantes. E vão incorporando em si as paisagens que vão percorrendo, as experiências que vão experimentando.

1.2 CONCEPÇÕES DE SOLIDARIEDADE

A solidariedade é o termo mais utilizado nos nossos contextos constitucionais, de origem etimológica latina “solidarium”, proveniente de “solidum” ou *soldum* (inteiro, compacto, sólido). Dar a cada um o que é seu, remetendo-nos ao brocardo de

⁷ RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Cunha, Paulo Ferreira. Do Direito Natural ao Direito Fraternal. I (I):78-86 janeiro-junho 2009. Unisinos, p. 85

Ulpiano⁸, “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”, pois em Direito, o conceito mais difundido de solidariedade é a condição na qual uma pessoa tem a mesma obrigação legal que outra.

Poderemos entender a pertença a essa entidade social global, internetizada, como solidariedade objetiva e, ao mesmo tempo, supor a subjetiva como a conscientização de tal pertença.

Um vocábulo ligado ao aspecto da relação recíproca de mútua ajuda, havendo assim a inter-relação pragmática com a fraternidade, na medida em que, o pragmatismo da fraternidade, em estudo, refere-se ao discurso jurídico fraterno em ação no contexto social, ou seja, o sócio-direito, o direito em ação.

José Casalta Nabais faz uma distinção interessante entre *solidariedade* dos antigos e dos modernos, a *mutualista* e a *altruísta* e a *vertical* e a *horizontal*.

Refere-se à solidariedade dos antigos quando se remete a solidariedade como oriunda da fraternidade iluminista, já dos modernos como: “a solidariedade como um princípio jurídico e político cuja realização passa quer pela comunidade estadual, seja enquanto comunidade política, seja enquanto comunidade social, quer pela sociedade civil ou comunidade cívica”⁹

Quanto à solidariedade mutualista origina-se na premente necessidade do Estado moderno em resolver as questões denominadas de sociais (*questões sociais*), que encontrou eco nas medidas assistencialistas, ou seja: “Uma solidariedade traduzida numa repartição sustentada pela intenção de criar riqueza em comum em matéria de infraestruturas, de bens e serviços considerados indispensáveis e necessários ao bom funcionamento e ao bom desenvolvimento da sociedade.”

Entretanto, segundo o autor, tal modelo não foi suficiente, fazendo emergir a solidariedade altruísta, e continua, citando, de acordo com Riccardo Petrella, tratar-se de uma ação solidária que se apresenta como uma dádiva; ou seja, não havendo contraprestações por parte dos beneficiários, segue o preceito da gratuidade.¹⁰

⁸ CUNHA, Paulo Ferreira. Filosofia do Direito. Coimbra. Ed. Almedina, 2006, p. 65.

⁹ NABAIS, José Casalta. Por uma Liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra. Ed, Coimbra, 2007. p. 135. Nesse aspecto refere-se a Gregório Peces-Barba Martinez, Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1995, p. 261 e ss. V. Também Javier de Lucas, “La Polémica sobre los deberes de solidaridad”, Revista do Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 19

¹⁰ NABAIS, José Casalta. Por uma Liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra. Ed, Coimbra, 2007. p.136. Riccardo Petrella, El Bien Común. Elogio de la Solidariedad, Temas Debate, Madrid, 1997, p. 29 e ss.

No entanto, esclarece que as solidariedades, vertical e horizontal são provenientes da solidariedade dos modernos, ou seja, a solidariedade vertical, por ele também denominada paterna, é aquela concernente aos direitos. Por outro lado, a horizontal refere-se aos deveres e é chamada de fraterna.¹¹ “Por outras palavras, o estado, na sua configuração de estado social, não pode deixar de garantir a cada um dos membros da sua comunidade um adequado nível de realização dos direitos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, etc.”¹²

1.3 POSSÍVEIS DENOMINAÇÕES PARA O NOVO PARADIGMA DO DIREITO

Numa perspectiva histórico-cultural é possível debater, no início do nosso século, a herança epistemológica, os grandes influxos e correntes de pensamento e metodologias jurídicas, indo ao encontro das inquietudes contemporâneas, pós-modernas, sobretudo do percurso ocidental, onde são projetadas, naturalmente pela maior parte dos Seres Humanos, certas expectativas de futuro.

A pós-modernidade trouxe consigo a responsabilidade em procurarmos valorizar a boa herança da modernidade, transformando-a num tesouro inestimável, através da burilagem e lapidação, necessárias à releitura do Direito.

No final dos anos 90, mais precisamente 1999, saía a primeira edição do Livro de Antonio Carlos Wolkmer, *“Pluralismo Jurídico, Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito”*, citado por Paulo Ferreira da Cunha¹³, segundo o qual, buscava-se denominar um novo paradigma jurídico. Foi então sugerido naquela ocasião, na supra citada obra, um paradigma que parecia já despontar para o Direito, “O Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo”.

No ano 2000, paralelamente e mesmo sem conhecer o livro de Antonio Carlos Wolker, Paulo Ferreira da Cunha já se preocupava com a denominação desse novo paradigma do Direito, em *“Teoria da Constituição”*, cujo assunto foi amplamente dissertado em seu livro Geografia Constitucional, já citado.

¹¹ _____ p. 137. Sobre esta distinção, v. Serio Galeotti “Il Valore della solidarietà”. P. 10 e ss.

¹² _____ p. 137. V. o nosso estudo “Dos deveres fundamentais”, nestes Estudos, p. 254 e ss., e o nosso Direito Fiscal, Almedina, Coimbra, 2000, p. 161 e s. E 340 e ss.

¹³ CUNHA, Paulo Ferreira. Geografia Constitucional – Sistemas Juspolíticos e Globalização. Lisboa: Quid Júris, 2009. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico, Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito, 3ª ed., São Paulo, Alfa-Omega, 2001.

Eligio Resta, em 2002, publica *“Il Diritto Fraternal”*¹⁴. O ano de 2003 foi Carlos Ayres de Brito quem nos agraciou com a expressão *“Constituição fraterna”*, onde um novo Estado Fraternal passaria a ser o novo paradigma com relação ao Estado social, no entanto, sem negá-lo.¹⁵

Michelle Carducci sugere, ainda no mesmo ano, um *“Direito Constitucional Altruísta”*.¹⁶

Em 2007, Carlos Ayres de Brito, novamente inspirado, remete-nos ao *“Humanismo como Categoria Constitucional”*.¹⁷

E, por último, temos a sugestão de *“Direito Humanístico”*, por Maria Francisca Carneiro, em 2008.¹⁸

Tendo presentes todas as considerações já expostas por estes renomados juristas, passaremos a árdua tarefa de tentar conceituar o Direito Fraternal. Procurando fazê-lo dentro do rigor “deontológico”, principalmente, porque é praticamente recém-nascido, como paradigma produto (ou constructo – construído), e isto nos concede uma certa ousadia, respeitando-se os limites científicos. Para além do que já foi sugerido pelos renomados doutrinadores, em também poder vislumbrar uma denominação para este novo paradigma do direito que já começou a se estabelecer mostrando seu caráter essencialmente humano, com base humana.

Nascendo com cunho imanentemente político revolucionário, como já mencionado, o Direito Fraternal possui suas raízes iluministas na revolução francesa de 1848. É um Direito que surge como desiderato desde há muito reclamado, pois perante suas duas “amigas”, a liberdade e a igualdade, ficou substancialmente em “stand by”. Porém não esquecido, na medida em que as preocupações com a justiça e com a própria ontologia do Direito sempre fizeram parte das prioridades de um rol de juristas que na função de operadores do Direito, em suas vastas instâncias, sempre, procuraram, filosoficamente, interpretá-lo.

¹⁴ CUNHA, Paulo Ferreira. Geografia Constitucional – Sistemas Juspolíticos e Globalização. Lisboa: Quid Júris, 2009. RESTA, Eligio. Il Diritto Fraternal. Roma/Bari: Laterza, 2002.

¹⁵ CUNHA, Paulo Ferreira. Geografia Constitucional – Sistemas Juspolíticos e Globalização. Lisboa: Quid Júris, 2009. BRITO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216 e ss..

¹⁶ CARDUCCI, Michelle. Por um Direito Constitucional Altruísta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁷ BRITO, Carlos Ayres. O Humanismo como Categoria Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Aqui se refere ao que ele chama de “democracia fraternal”, p. 34.

¹⁸ CUNHA, Paulo Ferreira. Geografia Constitucional – Sistemas Juspolíticos e Globalização. Lisboa: Quid Júris, 2009. CARNEIRO, Maria Francisca. Direito, estética e Arte de Julgar. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

É, em suma, o que faltava para integrar o Direito, e é nesse pensamento de tornar inteiro, total, que arriscamos uma sugestão para nomeá-lo, como o Direito Integrador, holístico, que surge como paradigma para integrar o Direito, dando-lhe uma releitura pós-moderna, onde se começa a especular uma noção de Direito, mais adequada e saudável, pelo ângulo pluralista, sanando-lhe, por conseguinte, a psicose instaurada com o positivismo jurídico, cuja psicopatologia só permitia uma visão estigmatizada, dogmática, monista.

É, provavelmente, pela visão holística amplificada, que poderemos aperceber a inter-relação saudável, adequada e necessária ao Direito para interagir com as outras *epistemai*, proporcionando realmente uma justiça social, igualdade justa, liberdade ética, enfim, o Direito Fraterno/Holístico é o direito da interrelação, do interpessoal, abrangendo, primordialmente, com essa finalidade e com esse modo-de-ser, a interdisciplinariedade.

Fausto Gorla denomina a fraternidade como valor inspirador de normas e institutos jurídicos, na medida em que a relação abstrata configurada pelas normas recebe vida na relação social concreta interpessoal, “...e a fraternidade é valor inspirador de normas e de institutos. Parece-me que exista aí uma pista de certo interesse sobre fraternidade e Direito nas relações pessoais cotidianas”.¹⁹

Faz-se mister salientar que a noção de plurimetodologia, interdisciplinariedade, contextualiza-se na crise de paradigmas pós-moderna e responde à visão de mundo que contempla o Saber Plural, contrária à dogmatização de modelos científicos, estratégias de conhecimento ou determinada hierarquia das sabedorias humanas.

Paulo Ferreira da Cunha, considerando a designação desse novo paradigma do Direito, expõe que, provavelmente, a denominação a ser adotada desse novo paradigma deverá ser coerente e refletir a personalidade dessa revolução jurídica em curso.²⁰

Portanto, é pelo caminho dos novos paradigmas que o inerente campo de incertezas da construção do conhecimento, encontra-se pela humanização da atuação profissional altera, e não há como se fixar numa tradição científica fechada. O que acarreta, além da eticidade pertinente, uma terceira característica da identidade

¹⁹ GORLA, Fausto. Fraternidade e Direito. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (organizadores). Direito & Fraternidade. São Paulo: LTR, 2008, p. 25/31.

²⁰ “Há elementos de conteúdo a considerar para a designação que se venha a adotar (quicá só estabilizável e não polémica num futuro ainda distante), como é evidente. Cremos que o nome desse novo paradigma terá de ser consonante com o conteúdo da mudança, e espelhar o aspecto mais marcante dessa verdadeira revolução jurídica.” (CUNHA, 2009)

científica contemporânea, a inter- e transdisciplinaridade, para não falar dos saberes cotidianamente empíricos, que ameaham nosso espírito de sapiência, e da contribuição, deliciosamente invasora e indisciplinada da Arte.

1.4 REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Para alcançarmos a solidariedade ou a fraternidade deve haver um paralelo com sua formalização primeira: os Direitos Humanos.

Direitos que a doutrina classifica em gerações ou dimensões, mas preferimos o termo paradigma. Na verdade, embora o tempo transcorrido desde os primeiros momentos da atualidade dos Direitos seja curto, apesar de imersos ainda na Era ou Idade dos Direitos de que fala Bobbio, já há tempo para descortinar, dentro do paradigma, vários outros paradigmas, epocalmente sucessivos, num tempo curto.

Assim, o primeiro paradigma dos Direitos Humanos é os direitos civis e políticos que se poderiam enquadrar como garantias da liberdade; o segundo dos direitos econômicos, sociais e culturais que realçam a igualdade e o terceiro paradigma, o direito à paz, ecologia, do desenvolvimento sustentável, como prevê a Constituição que nos direciona à fraternidade, que alguns preferem denominar como solidariedade.

Há, contudo quem fale, como Paulo Bonavides, em cinco momentos. Os direitos fundamentais de primeira dimensão segundo Bonavides, são os direitos da liberdade, que correspondem, historicamente, àquela fase inicial do constitucionalismo do Ocidente: os direitos civis e políticos. Os de segunda “são os direitos sociais, culturais, e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social...”²¹.

Ainda, segundo o pensamento de Bonavides acerca dos direitos fundamentais da quarta dimensão, que correspondem a verdadeira institucionalização do Estado social : “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo.”²²

Apesar de o quarto paradigma dos Direitos humanos ter se desenvolvido com o avanço da tecnologia e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano feita pela UNESCO, onde a doutrina estabeleceu a quarta geração de direitos como sendo os direitos tecnológicos, tais como o direito de informação e o biodireito.

²¹ BONAVIDES, P. Op. Cit., p.518. Nesse sentido, BOBBIO, N. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32-33.

²² BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 525

Defende, o supra citado jurista que o direito à paz, que segundo Karel Vasak seria um direito de terceira geração, merece um maior destaque, motivo pelo qual considera que este constitui o quinto momento dos direitos humanos.

No tocante aos direitos fundamentais, podem-se referir como o conjunto de direitos e liberdades do ser humano que foram reconhecidos e sistematizados no âmbito da constitucionalidade do direito de determinado Estado, enquanto os direitos humanos estão abrangidos pelo direito internacional, porquanto direitos extensivos aos seres humanos, independentemente de sua vinculação à determinada ordem constitucional, caracterizando-se, primordialmente pela sua validade universal e caráter supranacional.

Uma outra reflexão interessante é a proposta por Vieira de Andrade sobre a visão tridimensional dos direitos fundamentais: jusnaturalista, internacionalista e constitucional, “foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os direitos fundamentais. Antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma idéia no pensamento dos homens.”²³

A relação inerente quase imperceptível entre ambas as expressões provém das Constituições que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, cuja inspiração, provavelmente, sofreu grande influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Recentemente, assiste-se a um processo de harmonização entre ambos, o que vem a ser ratificado nas declarações internacionais e textos constitucionais mais recentes, fazendo-se emergir com o Direito Constitucional Internacional, um direito supranacional, naturalmente.

Atualmente, entre as diversas terminologias adotadas, por alguns autores, destaca-se o uso da expressão "*Direitos Humanos Fundamentais*".

Tal denominação poderá revelar a precisa vantagem em ressaltar os direitos humanos de cunho internacional, que estes também dizem respeito ao reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais e inerentes a todos os seres humanos, destacando-se, assim sua fundamentalidade em sentido material, que se diferencia da fundamentalidade formal que é comum tanto aos direitos humanos quanto aos direitos fundamentais constitucionais.

Quanto aos termos utilizados recentemente, Pérez Luño aponta-nos uma tendência mais atual: “Em todo caso, se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la

²³ VIEIRA DE ANDRADE, J. C. apud MALISKA, M. A. . Op. Cit., p. 44.

denominación [derechos fundamentales] para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula [derechos humanos] es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales”.²⁴

Importante atentar-se para o fato de não existir uma identidade necessária entre os direitos humanos elencados e os direitos fundamentais reconhecidos, nem entre o direito internacional, tampouco entre as Constituições, pelo mero fato de que, o rol dos direitos fundamentais constitucionais está aquém dos direitos humanos constantes dos documentos internacionais; ao passo que, outras vezes, está bem além, tal qual ocorre com a atual Constituição Federal Brasileira.

Norberto Bobbio indica o itinerário de desenvolvimento dos direitos humanos, ensinando que “estes nascem como *derechos naturales universais*, desenvolvem-se como *derechos positivos particulares*, para finalmente encontrarem sua plena realização como *derechos positivos universais*”.²⁵

Cançado Trindade enfatiza que “O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa dos interesses superiores, da realização da justiça.”²⁶

Esta perspectiva de uma não estrita sinalagmaticidade parece importante como inspiradora das idéias de um direito fraterno. Com efeito, ele não se baseia simplesmente no *suum cuique tribuere*, entendido de forma titularista, como o teu e o meu bem determinados por uma arbitrária ou injusta distribuição “natural” das coisas, que determinaria (e determina) as relações entre os contraentes nos contratos, e dos sujeitos em todos os atos jurídicos. O direito fraterno não é direito de reivindicação do que já se tem, mas de compreensão do valor, da dignidade, e da situação de credor da

²⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enríque. *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 31.

²⁵ BOBBIO, Norberto. op. cit. P. 50.

²⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Na apresentação do livro de Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.p.31/32. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.

sociedade que tem quem não tem ou pouco tem. Não um credor sem limites e sem deveres. Mas um credor, antes de mais, de solidariedade e de aceitação (fraterna) na Família humana.

Eusebio Fernandez, ao tratar o tema, alerta para o fato de que, até o presente momento, a teoria dos direitos humanos não conta com uma terminologia concreta para referir-se ao seu objeto de estudo, citando, inclusive, a lição de Pérez Luño, para quem, à medida que o âmbito de utilização do termo direitos humanos aumenta, mais impreciso fica o seu real significado.²⁷ O que é uma lei sócio-linguística plausível.

Após enumerar uma série de expressões que buscaram estabelecer uma denominação para este conjunto de direitos, o renomado professor espanhol conclui: (...) la expresión que me parece más adecuada y que creo mejor delimita la situación teórica actual de los derechos humanos sería '*derechos fundamentales del hombre*'. Con ella se quiere manifestar que toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el Derecho y el poder político sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Pero al mismo tiempo se quiere subrayar que esos derechos son fundamentales, es decir, que se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad.

Flávia Piovesan entende que a compreensão do processo de internacionalização dos direitos humanos é um *continuum* constante de construção e reconstrução, e também cita Norberto Bobbio: “os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas”.²⁸

A concepção contemporânea dos direitos humanos, a partir do pós-guerra, também, foi estimulada pelo processo de internacionalização dos direitos com a Declaração Universal de 1948, que foi ratificada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Tais ordenamentos foram originados em virtude “da concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei.”²⁹

²⁷ Fernandez, Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1991. p. 77.

²⁸ Norberto Bobbio, *Era dos direitos*, p.32

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, p. 9

A legitimação da violência fez parte de um processo da humanidade, que apesar de disseminar o horror e o caos de duas hecatombes mundiais, na sua face dialética, também fez renascer a Fênix da libido humana, pela luta, conquista e reconquista dos direitos inscritos na memória arquetípica de sua pele.

Dessa forma, o esforço promovido, para a reconstrução dos direitos humanos após a segunda guerra mundial, contou tanto com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos como com o novo caráter do Direito Constitucional ocidental, que se embasou nos princípios e valores que deram maior significado à dignidade humana.

Como podemos observar no Artigo 29, da Declaração Universal, os efeitos da fraternidade na esfera comunitária: “Cada individuo tem deveres para com a comunidade, único lugar onde é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”. O ser humano inicia sua consciencia no individual, levando sua dignidade do individual ao comunitário com o efetivo exercício dos Direitos Humanos.

Vicenzo Buonuomo, nesse prisma, expõe: “Passando da dimensão da política ao Direito Internacional, porém, nota-se que as relações internacionais estão prevalentemente abertas à capacidade e à ação de sujeitos: Estados, organizações intergovernamentais e outras poucas entidades, semelhantes e soberanas. Entre esses sujeitos, as relações são tradicionalmente conflituosas e convergentes. Mas a evolução do Direito Internacional permite sinalizar um terceiro tipo de relação, definida como solidariedade. Nela, os diversos interesses convergem por conta dos objetivos comuns, que surgem com base nas obrigações sobrepostas à vontade de cada Estado”.³⁰

É no Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), que a fraternidade tem o valor e, ao mesmo tempo, encontra-se como fundamento essencial e comum à consciência da humanidade.³¹

1.5 MUDANÇA DE PARADIGMAS DOS DIREITOS HUMANOS

Alguns autores reportam-se a gerações, outros a dimensões dos direitos humanos. Aliás, este último é o termo mais atualmente usado. Como dissemos, entretanto, preferimos, no presente trabalho, estudá-los pela ótica da mudança

³⁰ BUONUOMO, Vincenzo. Em Busca da fraternidade no Direito da comunidade internacional. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (organizadores). *Direito & Fraternidade*. São Paulo: LTR, 2008, p. 33/37.

³¹ *Ibidem* p. 35 “Um âmbito no qual a ação da fraternidade é evidente é o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que exige que os Estados os respeitem, protejam e pratiquem sem discriminação”.

paradigmática que se processou nos direitos humanos, que, naturalmente, confunde-se com a história da humanidade.

O ser humano sempre buscou estar em grupo para viver e, principalmente, sobreviver, o que enfatiza a sociabilidade como característica primordial da espécie humana, sendo considerado animal social e político desde, pelo menos, a formulação da filosofia clássica grega de Aristóteles.

Procurou-se compreender, nos tempos mais remotos, a pessoa humana e a complexidade de suas relações, especialmente os direitos universais que lhes são, inegavelmente, inerentes.

O ser humano, tomado em sua igualdade essencial, é visto como um ser dotado de liberdade e razão, sem desconsiderar as significativas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais.

Celso Lafer localiza as origens dos Direitos Humanos nas tradições judaico-cristã e estoica da civilização ocidental.³²

Originariamente, foi em Atenas que a lei escrita se manifestou, vindo a constituir-se no fundamento da sociedade política.

Entretanto, paralelamente a lei escrita, os gregos também consideravam a importância da lei não-escrita, designada pelo costume juridicamente aceito, assim como as leis universais, de âmbito religioso e absoluto.

Nesse âmbito logo remetemo-nos, antes de tudo, ao exemplo consabido pela tragédia de Sófocles (Antígona). Antígona desafia determinações do chefe de Tebas Creonte, quanto ao funeral de Polínicês. E contrariando, no caso, a lei ditada pelo soberano, decidi prestar as honras fúnebres, como de costume, a Polínicês, seu irmão, morto em combate com Etéocles, em disputa pelo poder na cidade. Antígona, jovem princesa, objetiva a justiça quando em seu ato alega estrita obediência as normas divinas, consideradas superiores, eternas e intocáveis, e, portanto, evidenciava-se suprema à proclamação do rei.

Segundo Artigo de Gilda Naécia Maciel de Barros "os *agraphoi nomoi* apontam em direção ao homem mesmo, confrontado com a suas limitações definidoras e definitivas. Seja porque há uma legislação de ordem superior e divina (Antígona), seja porque o uso artístico de uma *peithô* laicizada garante, pelo livre debate, o acordo das consciências, há regras que falam por si, e se impõem com seu discurso que ecoa ao

³² LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

infinito, alcançando-nos onde estivermos, e obrigando-nos a enfrentar a nossa consciência. Seja por um instinto, por um sentimento inato, ou, quem sabe, pelo puro exercício da razão, elas apontam ao homem o caminho do bem e do justo. Elas o fazem ver, na esteira de um Hípias, que integramos uma fraternidade universal, de um Alcidas, que nascemos todos livres, como Antifonte, que não há gregos e bárbaros, e, finalmente, como Licofrão e Eurípides por seus personagens, que não há nobres de origem”.³³

É no debate intelectual da ilustração ateniense, numa oposição entre o que é estabelecido pelo *nomos* e o que é estabelecido pela natureza que a reflexão filosófica se estimulará entre o escrito e o não escrito, entre a lei e o costume.

Os *agraphoi nomoi* verificaram-se num tempo mítico, já as leis escritas num tempo histórico. O confronto entre o escrito e o memorizado, entre o direito positivo e o consuetudinário ganharia uma dimensão mais apropriada diante dessa celeuma.

Evidentemente, que não só os gregos tinham uma intuição do pluralismo jurídico e normativo e da idéia de justiça para lá do estrito direito positivo.

Como podemos verificar num breve estudo sobre o assunto, a História jurídica é-nos enriquecida quando tão somente não nos limitamos ao estudo do direito greco-romano, pois as normatividades pré-jurídicas de outras culturas contempla-nos, em sua realidade atemporal e transcultural, com a ânsia de sempre buscar os Saberes, preservar o Belo e exercitar o Justo.

O equilíbrio do poder faraônico, no antigo Egito, submetia-se a tudo que representava Maet, como princípio de Justiça, verdade e ordem, um exemplo de pré-direito que se aliou a uma estruturação social, política e religiosa, perene e culturalmente elaborada e transmutada através de uma semiótica que inexoravelmente remete-nos ao estudo para a compreensão do Direito e da Justiça.

Na China, apesar de Lao-Tsé, a serenidade inspirada por Confúcio e o Tao buscam harmonizar o caminho do percurso humano e o curso natural, Li e Fa podem assim sofrer uma interpretação ocidental, elaborada por uma analogia que nos é peculiar, entre o direito positivo e a equidade.

No Japão, parece ter sido desenvolvida uma superioridade política embasada nos princípios naturais da Justiça, tanto pelo imperador, considerado como Deus, como pelo

³³ BARROS, Gilda Naécia Maciel de Barros. *Agraphoi Nomoi(Artigo)*. P. 04. <http://www.hottopos.com/notand3/agrafoi.htm>

povo, cuja intuição é inspirada até hoje pela representação mítica de suas lendas, incrustada em seu inconsciente coletivo.

Na Índia, o Dharma representado pela lei cósmica apresenta-se-nos com a face *mutatis mutandis*. O Rta que foi conceito desenvolvido no plano cósmico pelo hinduísmo dos Vedas, que significa honra, correção, ordem, enfim com a verdade e o real, contrapondo-se a Anrta, mal, falso, irreal.

Provavelmente, o dualismo mazdeísta na antiga Pérsia representou uma espécie de normatividade que representava a boa fé e a força da celebração dos contratos, sendo, assim, o Deus Mitra o garantidor do *pacta sunt servanda*.

É na Babilônia, com o código de Hamurabi que se observa uma significativa tendência para apartar o Direito da religião e da moral. E na dicotomia apresentada pela expressões jurídicas Kittu e Mesaru, correspondendo a dicotomia entre o jurídico-positivo, imutável e inflexível e a juridicidade criativa, dinâmica, adaptável ou ao que denominamos equidade.³⁴

Dissipou-se, com o tempo, essa essência eminentemente religiosa das leis não-escritas que, para Aristóteles, constituíam-se em "leis comuns", permeadas pelo consenso universal em oposição às "leis particulares", próprias de cada povo.

Foi por intermédio desse contexto que surgiu, por iniciativa dos romanos, a expressão *ius gentium*, ou seja, o direito comum a todos os povos (sendo certo que os romanos em geral guardavam para si o *ius civile*).

Guido Fernando Silva Soares indica em seu livro que: Na verdade, o *jus gentium* não era o que hoje denominamos Direito Internacional, nem o que, em séculos anteriores, se denominará de Direito das Gentes. Tratava-se de um corpo de normas que regulava, no interior do Império Romano, os direitos dos indivíduos (como a personalidade, as capacidades), seus relacionamentos interpessoais (como a família e as sucessões, os contratos e os efeitos dos atos lícitos e ilícitos), alguns aspectos do direitos criminal e, sobretudo, as normas sobre a atividade de produzir a norma jurídica (...).³⁵

Por outro lado, ao ser excluído o fundamento religioso que caracterizava as normas, necessitou-se buscar outra justificativa para a vigência dessas leis universais, aplicáveis a todos os homens, de forma igualitária, em todos os lugares do mundo.

³⁴ CUNHA, Paulo Ferreira. Sob o signo de Maet: considerações sobre o direito no antigo Egito: contexto Mito e sentido de um "momento" político-sacro-normativo (Artigo) <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/4440.pdf>- Acesso 07.09.2010

³⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2002. p.24.

O desenvolvimento entre 321 a.C. até meados do século III da filosofia estóica implicava na unidade moral e na dignidade do homem como fatores indissociáveis.

Dessa forma, o homem era considerado filho de Zeus e portador de direitos inatos e iguais em todos os lugares do mundo, mesmo que ocorressem diferenças individuais e grupais.

O cristianismo trouxe consigo um modelo ético e concreto de pessoa: Jesus de Nazaré. Em se tratando da tradição bíblica, Deus-Filho é visto como o modelo ideal a ser seguido por todos os seres.

No entanto, a igualdade universal dos filhos de Deus realizava-se única e exclusivamente no plano divino, sobrenatural, à proporção que a prática política do cristianismo compactuava com a escravidão e com a inferioridade da mulher e de determinados povos, sem falar na conversão obrigatória ao mesmo.

Segundo Michel Villey: “o humanismo comumente germinou em solo virgem, num mundo leigo, emancipado das tradições medievais”³⁶, na medida em que os nobres e burgueses possuíam preocupações bem diferentes das dos clérigos, pois adotam um estilo mais concreto, mais prático da vida.

Durante o período medieval, elaborou-se um conceito de pessoa baseado na natureza racional individual, enfatizando as características de permanência e invariabilidade.³⁷

A concepção de pessoa no tempo medievo foi elaborada com base no princípio da igualdade essencial de todo ser humano, levando-se, contudo, em consideração as discrepâncias individuais e grupais, de natureza biológica ou cultural.

Dessa forma, a universalização dos direitos humanos viria a surgir da igualdade essencial da pessoa, na medida em que se tratavam de direitos comuns a toda espécie humana e resultantes da sua própria natureza.

É na Idade Média, no campo da comunhão patrimonial, que encontramos difundido o instituto da fraternidade, com o intuito de constituir um liame entre duas ou mais pessoas para satisfazer interesses e necessidades comuns.

Transcorre ainda durante o período medievo, a implantação cristã da idéia universal de fraternidade, cujo alicerce teológico era constituído de idéias conceituais e espirituais, que, inclusive, ensejou uma série de associações laicas, algumas chamadas

³⁶ VILLEY, Michel. A Formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 437

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19

de “fraternidades”, que influíram significativamente sobre o Direito, fornecendo-nos as modernas premissas dos atuais serviços sociais e de assistência.

Durante toda a Alta Idade Média, o feudalismo foi representado pelo esfacelamento do poder político e econômico; no entanto, é a partir do século XI que houve, orientado por disputas entre o Imperador e o Papa no território europeu, o movimento de reconstrução da unidade política.

Pela reconcentração do poder contra os abusos, surgiram manifestações de rebeldia, marcadas, inicialmente, com a *Declaração das Cortes de Leão de 1188*, na Península Ibérica, e, posteriormente, com a *Magna Charta Libertatum de 1215*, na Inglaterra.

Na verdade, tudo indica que a Península Ibérica foi pioneira nas formas de proteção da pessoa. Sendo duvidoso se se poderá já falar, então, de direitos humanos.

Antes de mais, haveria que referir Santo Isidoro de Sevilha e os concílios de Toledo, em que até o rei teve de prostrar-se perante os representantes. E, apenas para Portugal, continua sendo muito significativo o texto de Teixeira de Pascoaes, na sua *Arte de ser Português*:

Mas há leis na nossa antiga legislação [...] que nasceram directamente do instinto que teve Portugal, depois de se fixar como Pátria, de se defender e consolidar. [...] Temos ainda os forais e os princípios de direito político estabelecidos nas antigas cortes, revelando o espírito de independência e liberdade que animou sempre a alma popular. Intervinha no governo do País, na sucessão do trono, em todos os actos de interesse geral que o Rei praticasse: a guerra e a paz, lançamento de impostos, etc. E exercia ainda uma esperta vigilância sobre o procedimento dos homens de Estado, alguns dos quais foram acusados e condenados!

«Em plena Idade Média, enquanto outros Povos gemiam sob o peso do poder absoluto, impúnhamos à nossa Monarquia a forma condicional: o Rei governará se for digno de governar, e governará de acordo com a nossa vontade expressa nas cortes gerais reunidas anualmente.

«E temos ainda várias leis antigas emanadas do Costume, as quais receberam dele uma *nuance* original que também caracteriza o génio português»³⁸

³⁸ PASCOAES, Teixeira de - *Arte de Ser Português*, introdução de Miguel Esteves Cardoso, Lisboa, Assírio & Alvim, 1991, pp. 78-79.

A *Magna Charta Libertatum* constituía-se num pacto firmado pelo Rei João Sem Terra e pelos bispos e barões ingleses.

O fato é que este documento serviu como marco referencial para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, contudo assegurava-se aos nobres ingleses, privilégios feudais, em detrimento do acesso à população aos direitos consagrados no respectivo pacto.

Embrionariamente, a liberdade despontou como valor dos direitos humanos, todavia, não se tratava de uma liberdade geral em benefício de todos, isto só viria a ocorrer no final do século XVIII, a bem da verdade, constituía-se, apenas, numa liberdade específica usufruída particularmente pelo clero e a nobreza.

Com o surgimento dos burgos, que se configuravam aos arredores dos castelos medievais, passava a liberdade pessoal da classe dos mercadores aos servos da gleba que, quando residiam por mais de ano e dia num burgo novo, desvinculavam-se do poderio do senhor feudal, configurando, assim, numa espécie de liberdade regida pela usucapião.

No início da Era Moderna (sécs. XVI e XVII), o Direito Natural foi racionalizado e seu fundamento divino foi substituído pela razão, o elemento comum a todos os seres humanos.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembléia Nacional Constituinte francesa, em 26 de agosto de 1789, visava assinalar princípios que, inspirados no Iluminismo, iriam fundar a nova constituição francesa.

Foi um momento de evolução da humanidade, pois é evidente o espírito ético humano que reconheceu parte dos direitos fundamentais do homem.

Segundo o constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, o tema revolucionário francês (liberdade, igualdade e fraternidade) de 1848, exprimiu em seus três princípios "todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização"³⁹.

O século XVIII, permeado por profundos questionamentos acerca das certezas tradicionais, passou-se a conviver com a conhecida "crise da consciência européia"⁴⁰ e durante os dois séculos que sucederam a Idade Média, a Europa conheceu uma

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996. pág 516

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 47.

extraordinária concentração de poderes, cujo período elaborou-se a teoria da monarquia absoluta, inspirada pelos pensamentos de Jean Bodin e Thomas Hobbes.

A insatisfação de um mundo, imerso em guerras, em relação ao poder absoluto dos governantes, fez ressurgir um sentimento em busca da conquista da liberdade em contraposição à tirania.

Contudo, essas liberdades pessoais, que se objetivavam ser garantidas pelo *Habeas Corpus* e pela *Bill of Rights*, não beneficiavam a todos os cidadãos, pelo contrário, somente os privilegiados do reino, ou seja, o clero e a nobreza.

Mesmo assim, tal garantia dessas liberdades individuais acabou estendendo-se à burguesia abastada, o que refletiu, consideravelmente, no desenvolvimento do capitalismo industrial.

O Parlamento foi criado, inicialmente, frente a duas necessidades preementes, como instituição necessária para impor limites ao poder monárquico e para a garantia das liberdades na sociedade civil.

Com o advento da *Bill of Rights*, a idéia de um governo representativo, ainda que não representasse todo o povo, apenas suas camadas superiores, começa a se firmar como uma garantia indispensável das liberdades civis.

Na Declaração de Direitos do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776, é que se tem o registro de nascimento dos direitos humanos na história, quando em seu artigo I, dispôs:

“Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, provar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.”⁴¹

Tal fato que, igualmente consta na Declaração de Independência dos Estados Unidos, constituiu-se no reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente destinados, por uma condição inerente a sua própria natureza.

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 47.

O desenvolvimento constante de si mesmos, enfim, a “busca da felicidade”⁴², é a razão de ser desses direitos intrínsecos à própria condição humana, condição conquistável por todos os homens em todas as épocas, é, portanto uma razão universal, arquetípica, como a própria pessoa humana.

Assim sendo, a democracia moderna foi reinventada, quase que concomitantemente, na América do Norte e na França e foi utilizada pela burguesia como ferramenta política com o intuito de combater os privilégios do clero e da nobreza.

Segundo, Dalmo de Abreu Dallari, essa coincidência, deveu-se a influência entre os acontecimentos políticos de ambos os países, onde ao mesmo tempo que a Revolução francesa enviava sinais de novos tempos, por sua vez, o novo continente americano devolvia esses sinais já politicamente transmutados.⁴³

A idéia original da democracia moderna não foi a defesa da maioria pobre contra a minoria rica, mas, sobretudo, a defesa da classe burguesa e rica contra o regime de prerrogativas mantidas por um governo irresponsável, que agia em detrimento dos direitos sociais.

O homem é colocado como alguém que existe fora da sociedade, preexiste a ela, enquanto que, o cidadão se encontra exatamente inserido na sociedade e sob a autoridade do Estado. Assim, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão trouxe enorme contribuição quanto à distinção entre os direitos do homem e os direitos do cidadão.

Os direitos do homem sendo naturais são inalienáveis, enquanto os direitos do cidadão foram, inicialmente, conseguidos pela aplicação e concretização dos direitos na sociedade.

A dimensão dos primeiros direitos humanos e a institucionalização da legitimidade democrática ocorreu com base na emancipação histórica do indivíduo frente aos grupos sociais a quem sempre se submetera, como família, clã, clero e Estado, assim como, sofreu forte influência das declarações de direitos norte-americana e francesa.

A reinvenção das técnicas de produção econômica, como consequência da introdução da máquina a vapor, emergiu, na Inglaterra, com a Revolução Industrial.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 47.

⁴³ Palestra proferida no II Encontro Brasil-Portugal de Direito Constitucional, “O Controle de Constitucionalidade no Brasil e na França”, em 28.08.2003, Salvador-Bahia.

O indivíduo se torna mais vulnerável às vicissitudes da vida, em decorrência disso, a sociedade liberal ofereceu-lhe a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei.

Nesse sentido, a isonomia oferecida constituiu-se numa verdadeira farsa, na medida em que a massa crescente de trabalhadores tinha que se submeter às pressões capitalistas para sobreviver.

O resultado dessa parafernália social foi uma profunda indignação dos trabalhadores e o sentimento de organização de classe, na primeira metade do século XIX.

A Constituição francesa de 1848 revestiu-se de reivindicações econômicas e sociais; entretanto, o pleno reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social somente se deu no século XX, com a Constituição do México de 1917⁴⁴ e a Constituição de Weimar de 1919, esta consagrou direitos sociais relativos às relações de produção e trabalho, à educação, à cultura e à previdência.

O movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX, implicou no reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social dos grupos sociais que estavam marginalizados e esmagados pela miséria.

O sistema socialista percebeu que a vulnerabilidade social do sistema de produção capitalista atribuía um valor maior aos bens de capital em detrimento aos seres humanos.

A ausência do exercício da fraternidade, como valor ou juridicidade, é fatal para ambos os sistemas, como afirma Paulo Ferreira da Cunha: “A falta de fraternidade, e por isso, também, de uma juridicidade fraterna, foi fatal para um e está a ser fatal para outro.”⁴⁵

Diametralmente contrários aos fundamentos do capitalismo, emergiram os direitos humanos, como mecanismos de proteção ao trabalhador, que só conseguiu a conquista de seus direitos, quando os detentores do capital foram obrigados a reconhecê-los. Observa-se, assim, que foi em favor do lucro especulativo que houve o enfraquecimento do respeito a esses direitos no mundo inteiro.

⁴⁴ Constituição anticlerical e liberal, instituiu medidas com relação ao trabalho e proteção social, pois reflete as diferentes tendências da Revolução Mexicana: nacionalismo, anticlericalismo, agrarismo e leis sociais (jornada de 8 horas, direito de associação em sindicatos, à greve, salário mínimo e limitação do trabalho feminino e infantil).

⁴⁵ CUNHA, Paulo Ferreira. Geografia Constitucional. Lisboa: Almedina, 2009. p.245

Em virtude das inovadoras contribuições de pensadores como Nietzsche, é que, na segunda metade do século XIX passou-se a compreender o bem e o mal como resultados de uma avaliação consciente de cada indivíduo, cuja preferência iria conduzir a determinado valor.

E, por conseguinte, a compreensão da pessoa humana se insurgiu pelo reconhecimento de que o homem é o único ser que direciona sua própria vida em função de preferências valorativas, criando também suas leis internas e externas, de acordo com os seus valores éticos e, voluntariamente, submetendo-se as mesmas.

É nessa ótica que, provavelmente, a teoria jurídica tenha sofrido significativa influência da realidade axiológica, especialmente quando se passou a identificar os direitos humanos como valores essenciais da convivência humana e como fatores de agregação social.

Contudo, o conjunto dos direitos humanos organizado, até então, passou a formar um sistema, condizente com a hierarquia de valores prevalentes no meio social, muito embora tal hierarquia axiológica na maioria das vezes não coincidia com o sistema normativo positivo, onde podemos apontar até os nossos dias a tensão dialética entre a consciência coletiva e as leis estatais.

Na maioria dos países ocidentais, a partir dos séculos XIX e XX, as normas constitucionais vão introduzir os princípios políticos e filosóficos protetivos dos Direitos Humanos em regras jurídicas, geralmente caracterizadas como principiológicas e os dispositivos jurídicos atinentes a tais direitos positivados, transformam-se em Direitos Fundamentais.

Ocorreu, então, o fortalecimento dos Direitos Humanos que fomenta à autodeterminação dos povos e a crescente exigência do término de práticas ilícitas e abusivas dos Estados, assim como o respeito às garantias constitucionais, principalmente individuais.

Somente no século XX proclamou-se no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

Não podemos deixar de relevar as correntes existencialistas do século XX que também influíram na elaboração do conceito de pessoa humana, acentuando o caráter individual, inigualável e irreprodutível da personalidade, que não pode ser confundido com o papel ou função que cada ser humano exerce na sua respectiva sociedade. Contribuindo também, largamente, para desbancar as ideias sobre a existência de uma

natureza humana essencial de todos os homens: o que viria a ter consequências de tomo para a fundamentação do direito natural que a partir daí aprofundou o seu declínio nos meios mais modernos.

É, por conseguinte, a reflexão filosófica contemporânea quem revelou a constante evolução e aperfeiçoamento do ser humano. Transformações e mudanças, pois sua essência é evolutiva, sua personalidade é sempre algo de incompleto e inacabado, revelando essa característica singular de um permanente vir a ser.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que foi aprovada de forma unânime pela Assembleia Geral das Nações Unidas, consolidou toda complexidade dessa elaboração teórica, proclamando que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei, conforme disposto no art. VI daquele texto convencional.

É óbvio que inúmeros problemas ético-jurídicos incidiram, em decorrência do avanço tecnológico e da evolução social que despontaram no cerne da sociedade moderna, como a proteção da pessoa humana diante da engenharia genética, o momento em que se deve considerar a existência da vida humana (principalmente, com relação ao aborto), os crimes virtuais, mas, sobretudo, o cerceamento do direito de liberdade, num redimensionamento espaço-temporal recriados pelo desenvolvimento tecnológico.

E apesar, de todo o avanço científico, mas no centro de uma temporalidade que sempre pretende ligar o passado, encontramos necessariamente a tradição, elo lançado entre épocas, como a continuidade viva da transmissão de crenças e práticas. E o direito, os direitos das gentes, humanos como sedimentações sucessivas, narrativas e simbólicas que produzem a árvore genealógica da humanidade.

Ao longo dos tempos, é-nos, primordial, referir que a compreensão da mudança paradigmática dos Direitos Humanos e, portanto, as diferentes etapas de sua afirmação, encontra-se, sintomaticamente em harmonia com as grandes declarações decorrentes dos avanços conquistados pela humanidade, que frequentemente, impulsionaram seu movimento unificador, com base na fraternidade humana, observam-se dois fatores preponderantes: um fator transformador dos meios de convivência, de natureza solidária, e o outro, de natureza ética, que visa harmonizar a vida social com o valor de justiça.

Portanto, conforme Paulo Ferreira da Cunha o Direito Fraterno poderá ser uma nova forma de se organizar de maneira significativa a juridicidade do século XXI.⁴⁶ “O Direito, no seu berço romano, nasceu como direito objectivo. Passou depois para o subjectivismo ainda hoje vigente. Os Direitos Humanos colocaram um desafio que perturbou profundamente os pretenses donos do Direito. Mas, depois da liberdade e da igualdade (aliás ainda não cumpridas) é chegada a vez da fraternidade no Direito, que é a sua própria superação e a sua própria consumação. O Direito do séc. XXI será um direito fraterno, ou não o será.”

⁴⁶ (Direito & Cidadania - Direito autoritário ou direito fraterno?) - 31.07.2007

CAPÍTULO II – DIMENSÃO CONSTITUCIONAL

“O Homem completo, integral é apenas
aquele que pensa como Homem de ação,
e age como Homem de pensamento”.

Bergson

II - DIREITO FRATERO: VALOR PARA A EFICÁCIA DO DIREITO

2.1 A FRATERNIDADE CONSTITUCIONALIZADA

A Constituição Brasileira, de 1988, revela-se-nos imbuída de um caráter essencialmente humano e cidadão em relação a vislumbrar uma perspectiva auspiciosa no sentido de almejar uma sociedade fraterna, já em seu preâmbulo.

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

Uma Constituição “cidadã”, que, segundo, Paulo Ferreira da Cunha, tem no Preâmbulo um dos seus maiores princípios ativos, um traço vinculante de identidade: “Este preâmbulo da Constituição brasileira afigura-se-nos a grande cláusula pétrea por detrás das cláusulas pétreas elencadas expressamente. E não esqueçamos que estas cláusulas têm de existir, sob pena de banalização e rebaixamento constitucionais: são as muralhas que defendem a cidadela constitucional contra as investidas dos poderes fugazes e o turbilhão do momento, de cada momento.”⁴⁷

Atentando-se para o aspecto de que o Estado democrático de Direito tem como finalidade a tutela dos direitos, e como veremos no capítulo seguinte, os direitos são de várias dimensões, constatando-se, assim, no preâmbulo da Constituição brasileira os direitos individuais interagindo com os sociais, denotando que não há oposição, mas um interrelacionamento objetivando o bem-estar, a segurança e o desenvolvimento, tudo

⁴⁷ CUNHA, Paulo Ferreira. *Geografia Constitucional. Sistemas juspolíticos e globalização*. Lisboa: 2009, p.95.

isto, embasado nos valores supremos: a liberdade, igualdade e justiça, que formam a base da pirâmide para a edificação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Tudo isto é ratificado em seu Artigo 3º, I, quando ao estabelecer como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, “Construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Depreende-se do texto constitucional brasileiro, a herança dos três valores que constituíram o lema do movimento revolucionário francês de 1848: liberdade, igualdade e fraternidade.

No entanto, contrariamente ao que foi e é divulgado, não constituía o lema da revolução francesa de 1789, este era “Liberté, Égalité ou la Mort”, sendo tão somente na revolução de 1848, celebrizada a tríade: Liberté, Égalité, Fraternité”.⁴⁸

O lema *Liberdade, Igualdade e Fraternidade* parece ter se originado, quando houve a criação da primeira seita comunista, conhecida como "Comunismo Cristão", fundada em 1694, por Johann Kelperès. Para os membros dessa seita, o Messias não é o “pescador de almas” da Igreja Católica, mas, aquele que se apresenta através de uma trilogia, onde é o "distribuidor de justiça"(igualdade), o "grande irmão" (fraternidade) e o "libertador"(liberdade).⁴⁹

Assim, esse lema, cuja origem é atribuída por alguns ao movimento maçom ou mesmo aos iluministas, na verdade encontra raízes na doutrina cristã. A difusão de tal lema na cultura européia pode e deve ser tributada aos autores católicos do século XVII.

Na verdade, a autoria, a paternidade e a própria influência, em disciplinas sociais e humanas, e também na história das idéias políticas e jurídicas, têm um valor muito relativo (como sublinhou Braz Teixeira em seu livro *Sentido e valor do direito*)⁵⁰, até pelo processo de assunção da influência pelo que quer ser influenciado, pelas reconstruções de legados, e pelas coincidências.

Bloom⁵¹ em seu livro “The axiety of influence” procura abrir espaço para a reflexão acerca dos modos canônicos de interpretação fortemente enraizados, refere-se às relações entre obras, estilos, composições, nomeadamente com relação à música, confrontando-os, como se fosse um combate criativo, onde um compositor numa época

⁴⁸ CUNHA, Paulo Ferreira. Artigo: “Liberdade, Ética e Direito”. 2009, p. 6-sobre a tríade em causa cf. *Mysteria Ivris Mitosóficas do Pensamento Jurídico-Político Português*. Porto, Legis, 1999.

⁴⁹ <http://www.triumphododireito.triunfo.nom.br/tbliberdade.htm>. Acesso em 05.11.2009

⁵⁰ Teixeira, António Braz. *Sentido e Valor do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006

⁵¹ BLOOM, Harold. *The axiety of influence*. Oxford: University press, 1973. (Trad. Port. Miguel Tamen- A angústia da influência. Lisboa: cotovia, 1991.

posterior realiza uma obra, aplicando uma releitura de um outro compositor antecessor a ele.

É normal que muitos autores procurem, *pro domo* ou polemicamente, provar influências e coincidências nestas matérias.

De qualquer modo, e apesar de precursores de tomo e a considerar, como as velhas liberdades ibéricas, os direitos humanos têm o seu marco crucial na revolução francesa de 1789. Crucial, tanto no sentido de decisivo, significativo, como também e, sobremaneira, no aspecto da dureza e significado árduo que lhe fora dotado, e que é concernente de toda mudança inspirada por revoluções que implicam, quase sempre, em derramamentos de muito sangue.

Conforme expõe Bobbio: “Com a Revolução Francesa, entrou prepotentemente na imaginação dos homens a idéia de um evento político extraordinário que, rompendo a continuidade do curso histórico, assinala o fim último de uma época e o princípio primeiro de outra. Duas datas, muito próximas entre si, podem ser elevadas a símbolos desses dois momentos: 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do antigo regime feudal; 26 de agosto, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era. Não vale a pena sublinhar, por ser muito evidente, o fato de que uma coisa é o símbolo e a outra é a realidade dos eventos gradativamente examinados por historiadores cada vez mais exigentes. Mas a força do símbolo (...) não desapareceu com o passar dos anos.”⁵²

É nessa visão, que a França do Século XVIII é um paradigma até os nossos dias, laborioso e extraordinariamente rico, ensejando investigação, pois representou verdadeira arena de debates políticos, protagonizados pelos principais pensadores políticos europeus da época.

Desde a consagração do famoso mandamento inserto no artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que os direitos fundamentais (conjuntamente com a separação dos poderes) passaram a ser o núcleo material ou substancial das Constituições⁵³.

⁵² BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. P 123.

⁵³ Artigo 16º- “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1789homem.htm> . Acesso em: 15 Ago. 2009.

Contudo, foi com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembléia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, que evolui-se, mais alguns passos, com relação a Declaração de 1789.⁵⁴

A Declaração de 1948 diferencia-se da Declaração Francesa de 1789, particularmente, pelo seu caráter de universalidade e pelo expresso reconhecimento da responsabilidade de todos na realização dos direitos humanos.

Proclamou-se no seu artigo 1º que *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade*. No artigo 29º, item 1, outra importante disposição: *toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível*.

Provavelmente, é daí decorrente a idéia de uma sociedade fraterna, onde, ao mesmo tempo, que se impõe o dever para com a comunidade na qual se está inserido, estabelecem-se parâmetros para indicar a conduta de todos para todos: “o espírito de fraternidade”.

Segundo Marco Aquini, a fraternidade não é apenas um enunciado ou um mero conceito, mas, sobretudo, o que gera o comportamento, a mola mestra da ação dos homens, confirmando sua estreita ligação ao Preâmbulo da Constituição brasileira, onde invoca a idéia da família humana e considera na Declaração um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações, quando introduz no Artigo 29º a idéia dos deveres que todo ser humano tem para com a comunidade⁵⁵.

Segundo, Sandra Vial, o *Direito Fraterno* propõe uma “nova/velha” análise dos caminhos, limites e possibilidades da atuação do direito na sociedade atual.

Podendo-se, assim, deduzir, segundo a opinião da autora que o Direito Fraterno é uma *metateoria*, ou seja, uma teoria das teorias, cujo estudo propõe uma forma

⁵⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução n. 217 A (III), da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 23 Set. 2009.

⁵⁵ AQUINI, Marco. *Fraternidade e direitos humanos. Fraternidade e Direito. Algumas reflexões*. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (organizadores). *Direito & Fraternidade*. São Paulo: LTR, 2008, p. 39/45.

peculiar de análise do direito atual, concomitantemente, a reestruturação de todas as políticas públicas que pretendam uma inclusão de fato universal⁵⁶.

O caminho traçado pelo Direito Fraterno, provavelmente, impulsionará à eficácia do Direito, estando em perfeito acordo com o estipulado pelo constitucionalismo pós-moderno, acarretando, conseqüentemente, maior efetividade das normas constitucionais.

Carlos Ayres de Brito⁵⁷ considera os direitos sociais indisponíveis (não potestativos), na medida em que constituem meio para alcançar a condição de ser humano, enquanto que os direitos individuais dividem-se em disponíveis (potestativos) ou indisponíveis (não potestativos).

E enquadra ainda, o que ele denomina de direitos fraternais, como afirmativos ou compensatórios, pois, no seu entendimento, buscam compensar as desigualdades civis e morais sofridas pelas classes discriminadas ao longo da história. Como alguns direitos da mulher, ou de determinada classe social ou grupo vítima de histórico discriminatório.

Nossa acuidade bibliográfica levou-nos a observar que no momento do Estado Liberal vivenciamos a fase *declaratória* dos Direitos individuais, no Estado Social, a fase *garantista* dos Direitos sociais, e, provavelmente, estamos propensos, com o Estado Democrático de Direito e de Cultura, à concretização do Direito Fraterno, coroado com a premissa de ser o Direito das relações interpessoais, por meio da qual se busca, efetivamente, formar uma sociedade plural, onde se respeitam as diferenças de credo, sexo, cor e religião.

É nesse sentido, que Lênio Streck afirma que enquanto o Estado Liberal produziu um Direito Ordenador; e o Social, um Direito Promovedor, o Estado Democrático visa concretizar um Direito *Transformador*.⁵⁸

Uma nova maneira e estilo de agir e relacionar-se surgem, assim, no chamado Direito atual, pós-moderno, fraterno, holístico, seja qual for sua denominação,

⁵⁶ VIAL, Sandra Regina Martini. *Sociedade Complexa e o Direito Fraterno*. In: SANTOS, André Leonardo Copetti, STRECK, Lenio Luiz e ROCHA, Leonel Severo (organizadores). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. Anuário 2006, n.3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 190.

⁵⁷ BRITO, Carlos Ayres de. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Aula Magna exibida em 12.10.06 na TV Justiça (Canal 04 da NET).

⁵⁸ STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: as possibilidades transformadoras do Direito*. Palestra referente a III Jornada de Estudos da Justiça Federal, exibida em 22.09.06 na TV Justiça (Canal 04 da NET).

proporcionando a modificação de condutas e regras, pois é a partir das relações jurídicas fraternas, da atuação fraterna dos operadores do Direito e funcionários públicos que compõem a máquina da justiça, que poderão deixar emergir intervenções jurídicas inovadoras.

Mas, primordialmente, a indicação da adoção, entre as várias soluções possíveis, do que poderia atender de forma mais adequada à função jurisdicional com referência ao caso concreto.

Levando o profissional da justiça (por vezes dito agente jurídico, ou operador jurídico), também, a refletir sobre a sua função perante a sociedade na qual está inserido, conscientizando-o e contribuindo para que sua percepção amplie-se numa visão macro do sistema humanitário, cosmopolita, com o intuito de se evitar a burocratização desnecessária e a perpetuação de práticas passivas, quase sempre, adiadas pela inércia e pelo descompromisso que marcam de mácula à máquina do Poder Judiciário⁵⁹.

Destarte, quando a Constituição brasileira indica, como um dos seus objetivos, construir uma sociedade livre, justa e solidária, não está enunciando, como pondera Daniel Sarmiento, uma diretriz política desinvestida de qualquer eficácia normativa. Segundo o autor, ao contrário disso, na medida em que expressa um princípio jurídico, que mesmo sendo dotado de indeterminação semântica, produz eficácia imediata e pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo de toda ordem jurídica.⁶⁰

E é assim que se refere à solidariedade, cuja compreensão remete-nos a de fraternidade, “Na verdade, a solidariedade [aqui também compreendida como fraternidade] implica reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também juntos, de alguma forma, irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser um *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais”.⁶¹

⁵⁹ GORIA, Fausto. *Fraternidade e Direito. Algumas reflexões*. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (organizadores). *Direito & Fraternidade*. São Paulo: LTR, 2008, p. 25/31.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 295-96.

⁶¹ *Ibidem*, mesma página.

Nessa mesma linha de segmento observamos nas lições de Jorge Miranda, que as liberdades, as garantias e os direitos sociais encontram-se vinculados a três categorias de idéias-chave: liberdade, segurança e solidariedade.⁶²

É, portanto, a dignidade da pessoa humana o valor que é reclamado constantemente por toda a sociedade, onde as convicções fundamentais se ajustam, essencialmente, à consciência social e ao sentimento constitucional democrático.

Gustavo Tepedino observa, nesse sentido, a noção de dignidade da pessoa humana como “cláusula geral”, que condiciona a dimensão normativa, definindo uma nova ordem pública confirmada pela funcionalização da atividade do Estado, limitando-a, e, conseqüentemente, efetivando o cumprimento dos valores existenciais e sociais definidos na Constituição.⁶³

É provável que haja uma vinculação entre a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, pois se trata de uma relação de conteúdo consciente e fraterno, na medida em que, se houver uma aproximação entre o Estado e a sociedade, o indivíduo receberá condições adequadas para o seu desenvolvimento num ambiente propício e comprometido com modificações sociais, a fim de que o direito atue adequadamente e se ajuste aos interesses coletivos e individuais.

E, conseqüentemente, cabe ao Direito assegurar que as relações entre os homens, Seres Humanos dignos se desenvolvam adequadamente, implicando, também no exercício do Fraterno como Direito.

De acordo com o Ministro Carlos Ayres Brito fraternidade é “... é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida.”⁶⁴

⁶² MIRANDA, Jorge. *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Princípia Editora, 2006, p.

62. Onde explicita também que a liberdade e a segurança são termos das Constituições liberais.

⁶³ TEPEDINO, Gustavo J. M. *A Incorporação dos Direitos Fundamentais pelo Ordenamento Brasileiro: Sua Eficácia nas Relações Jurídicas Privadas. Estudos em Homenagem ao Professor Celso de Alburquerque Duvivier Mello*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 67.

⁶⁴ BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 98.

Após o surgimento do constitucionalismo passando pelos mundos clássico, moderno, e pós-moderno, passaram-se séculos e a sociedade cosmopolita precisa compreender e exercitar práticas fraternas mais efetivas que devem ser consagradas.

2.2 DIREITO FRATERNO: PRINCÍPIO E CATEGORIA CONSTITUCIONAIS

Paulo Ferreira da Cunha, quando se refere aos valores constitucionais, assim expõe: “Tudo isso não tem sentido sem uma ordem social, ética e jurídica em que a Vida seja promovida, a Pessoa seja o valor máximo, numa «sociedade» (não só nacional, cremos nós) “livre, justa e solidária”.⁶⁵

O homem é anterior ao Direito e ao Estado. Primordialmente, tem o direito de ser reconhecido como Homem, Pessoa, Ser Humano. E não há Ser Humano destituído de dignidade. Portanto, a primeira e fundamental função do direito é a tutela da dignidade da pessoa humana.

Em cada ser humano habita a humanidade. É a memória cultural, a memória da pele da alma, que funciona como uma grande alma, expandida e extensiva a todos os homens, O que Jung denominou de “inconsciente coletivo”, a herança arquetípica, onde o outro, também sou eu, e, por conseguinte, essa visão holística remete-nos a unidade, o plural que é uno.

Evidentemente que tal unidade será cada vez mais estabelecida na medida em que haja igualdade, antes de tudo, em dignidade. No entanto, essa dignidade deve ser considerada numa perspectiva de atuação dinâmica na sociedade. É portanto, uma dignidade visando a realização da pessoa em comunidade, sua participação com outros indivíduos, num contexto relacional.

Fernando Ferreira dos Santos entende dignidade como, “O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui **dignidade**, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos”.⁶⁶

⁶⁵ CUNHA, Paulo Ferreira. O Ponto de Arquimedes: Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos. Coimbra: almedina, 2003. p. 225

⁶⁶ *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana in* Revista JF-PI, disponível em www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf1_cap3.htm, acesso em 28 de outubro de 2009.

Em sua *Summa Theologiae*, Tomás de Aquino, concebe e fundamenta a dignidade com relação ao homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus.⁶⁷

Independentemente das razões teológicas e com o advento do processo de racionalização do direito, afirma Kant, “O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim”.⁶⁸

Assim, a dignidade da pessoa humana conquista papel essencial no desenvolvimento dos Direitos Humanos no Estado Democrático de Direito.

É inevitável salientar, já na década de 60, as observações de Jacques Maritain quando afirmava que “a pessoa tem uma dignidade absoluta porquanto está em relação direta com o absoluto, no qual somente ela pode encontrar sua realização; sua pátria espiritual é todo o universo dos bens que têm valor absoluto, que refletem de algum modo um Absoluto superior ao mundo e que são atraídos por Ele”.⁶⁹

É com o novo paradigma, que o caráter relacional e intersubjetivo dos direitos e a relação entre os sujeitos receberão novos contornos, pois não poderemos mais conceber uma intersubjetividade excludente, pois o Direito como instrumento que também regulamenta condutas poderá intervir propiciando relações mais adequadas entre os seres humanos.

Os Estados, o Direito e a sociedade, quando consagraram os princípios da liberdade e igualdade, reforçaram somente os direitos individuais. E isto não é suficiente, não estabelece posições e não fornece respostas satisfatórias e adequadas para assegurar uma vida de relações na comunidade, pois se prescinde de outro princípio fundante: a fraternidade.

Esses três princípios são solidários uns com os outros, mutuamente, apoiam-se. Caso contrário é difícil a edificação total da sociedade, ficaria incompleto o prédio social, na medida em que se a fraternidade for praticada por si só, sem a igualdade e a

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 32.

⁶⁸ *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, in: Os Pensadores – Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134.

⁶⁹ MARITAIN, JACQUES. Os direitos do homem e a lei natural. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967, p. 18

liberdade, não há verdadeira fraternidade, tornar-se-ia falsamente prestativa aos seus fins; por sua vez, a liberdade sem a fraternidade, seria libertinagem, pois é com o princípio da fraternidade que se concretiza a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte o mútuo respeito das liberdades individuais e coletivas, cerceando-se em limites fraternos; E, por fim, a igualdade sem a fraternidade provavelmente, pode conduzir à tirania, pois se a igualdade busca a liberdade, ensejará uma espécie de despotismo, onde os mais fracos quererão aniquilar os mais poderosos para assumirem o seu lugar e poder.

Quando o texto da República Federativa do Brasil indica como um dos seus objetivos, construir uma sociedade livre, justa e solidária, não está enunciando, como conclui Daniel Sarmiento⁷⁰, “uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar da sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo”.

Atualmente, as decisões judiciais já se fundamentam na solidariedade para justificar a consagração de direitos transindividuais ou metaindividuais. Como também na prática de ações afirmativas e de justiça social/distributiva.⁷¹

O constitucionalismo moderno conheceu duas grandes fases, a primeira, do liberalismo (constitucionalismo liberal), onde o valor *liberdade* esteve em destaque; e a segunda, caracterizada pela social democracia (constitucionalismo social), com especial ênfase ao valor *igualdade*.

O texto da Constituição de 1988 inaugurou no nosso país, como vem destacando o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Britto⁷², Constitucionalismo Fraternal ou Constitucionalismo Altruístico.

O Ministro da mais alta Corte brasileira conceitua o constitucionalismo fraternal como “*a terceira e possivelmente a última fase, o clímax do constitucionalismo*”. Continua o jurista, tratando do constitucionalismo, “Depois que ele assumiu uma feição liberal ou libertária, uma função social ou igualitária, agora chega à terceira fase, que é a fraternidade, para ombrear todas as pessoas em termos de respeito, referência e consideração...”.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006., p. 295.

⁷¹ ANEXO I - Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768-4 Distrito Federal

⁷² BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

A Constituição brasileira quando afirma que é objetivo fundamental da República Federativa *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, pode-se constatar, claramente, o reconhecimento de dimensões ou categorias constitucionais materializadas em três valores distintos, porém se encontram em simbiose perfeita, para **integrar** definitivamente o Direito numa atuação mais concreta e eficaz com a sociedade. São elas, uma dimensão política: construir uma sociedade livre; outra, social: construir uma sociedade justa, com igualdade e por último, uma dimensão humanística/interpessoal: construir uma sociedade fraterna/solidária.

A Enciclopédia livre, wikipedia⁷³, conhecido recurso *Internet*, trata em um dos seus tópicos acerca do constitucionalismo, com o título **constitucionalismo do futuro**, merecendo transcrição:

“Se o constitucionalismo tem sido marcado pela limitação do poder, opondo-se ao governo arbitrário, o seu conteúdo mostra-se variável, desde as suas origens. Uma nova era histórico-constitucional surge no alvorecer do século XXI, com a perspectiva de que ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade. Consoante assinala Dromi, o futuro do constitucionalismo deve “estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização”, alcançando um ponto de equilíbrio as concepções extraídas do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo. Os valores acima apontados, e que marcarão, certamente, o constitucionalismo do futuro, podem ser assim resenhados:

II - verdade – as constituições não mais conterão promessas impossíveis de serem realizadas, nem consagrarão mentiras. Para tanto, o referido publicista argentino analisa as normas que, de natureza programática, encerram projetos inalcançáveis pela maioria dos Estados, defendendo a necessidade de sua erradicação dos textos por isso é que o constitucionalismo será verdadeiro, eficiente e eficaz;

II) solidariedade – as constituições do futuro aproximar-se-ão de uma nova idéia de igualdade, baseada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social, com a eliminação das discriminações;

III) continuidade – é muito perigoso em nosso tempo conceber constituições que produzam uma ruptura da denominada lógica dos antecedentes, pelo que as reformas constitucionais, embora objetivando adaptar os textos constitucionais às exigências da

⁷³ <http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitucionalismo> – acesso em 29.10.2009.

realidade, ocorrerão com ponderação e equilíbrio, dando continuidade ao caminho traçado;

IV) participação – o povo e os corpos intermediários da sociedade participarão de forma ativa, integral e equilibrada no processo político (democracia participativa) eliminando-se, com isso, a indiferença social;

V) integração – haverá integração, prevista nas constituições, mediante cláusulas que prevejam órgãos supranacionais, dos planos interno e externo do Estado, refletindo a integração espiritual, moral, ética e institucional dos povos;

VI) universalização – os direitos fundamentais internacionais serão previstos nas constituições do futuro, com a prevalência universal da dignidade do homem, e serão eliminadas quaisquer formas de desumanização”.

É um saber a ponderar, sem a desqualificação da fonte, que, pelos seus frutos, se revela relevante. E de acordo com o magistério do Min. Carlos Britto, “a Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude esta sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida”.⁷⁴

2.3 O CONTRIBUTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO PARA O SURGIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA DO DIREITO

Observa-se que foi a partir do constitucionalismo que começamos a estar abertos a aprender uma nova forma de olhar e interpretar o Direito.

E de acordo com Luis Roberto Barroso, “Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.”⁷⁵

Provavelmente, será perseguindo uma perspectiva de caráter inovador para o Direito (Neoconstitucionalismo), que poderemos contextualizá-lo na construção e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

⁷⁴ BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: forense, 2003, p. 218

⁷⁵ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=1>- acesso em 29.10.2009.

Paulo Ferreira da Cunha traz-nos a visão do Neoconstitucionalismo como muitos caminhos, onde se busca um novo paradigma jurídico, “Contudo, o Neoconstitucionalismo não se limita a uma revivescência com mais ou menos variantes; antes procura ser, por vezes, na sua pluralidade de caminhos, uma nova procura para um novo paradigma jurídico. Na verdade, a contemporaneidade jurídica já vive, na prática uma nova esperança, a dos Direitos Humanos, sem que o Direito em geral se tenha ainda adaptado na sua filosofia de base e na sua teoria geral a essa nova forma de encarar o mundo pelos olhos da juridicidade.”⁷⁶

Observamos que existem dois tipos de fraternidade/solidariedade que são essenciais à convivência humana, um ligado às formas de convívio e outro relacionado ao bem estar social geral que visa, sobretudo, a justiça.

Faz-se mister explicitar que a primeira diz respeito à padronização de costumes e modos de vida, incluindo-se aqui a homogeneização de questões como o trabalho, a economia, o transporte, a comunicação, o lazer, a cultura, a política, dentre outras; enquanto a segunda, essencialmente, ética, alicerçada no respeito aos direitos humanos, objetiva a construção de uma cidadania mundial, independente das relações de dominação e poder.

Entretanto, ambas as formas são indispensáveis para que não se interrompa ou se desagregue o movimento de unificação do gênero humano.

A solidariedade da família humana tem, assim, esferas fundamentais de atuação, entre as pessoas, no grupo social, nas relações intergrupais, bem como entre as sucessivas gerações grupais interculturais, ao longo dos tempos.

A emergência do neoconstitucionalismo conduziu a uma nova forma de se interpretar o Direito Constitucional, redefinindo o primordial lugar da Constituição, e tornando mais efetiva a relação amorosa entre Democracia e Constitucionalismo.

O que, provavelmente, culminou com a abertura do sistema jurídico, tornando-o mais dinâmico, e em constante construção e reconstrução.

⁷⁶ CUNHA, Paulo Ferreira. *Neoconstitucionalismo: de Espectro a Realidade*. Ed. coord. de Regina Quaresma, Maria Lucia de Paula Oliveira, Farlei Martins Riccio de Oliveira. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2009. XXI-XXIII.
Available at: <http://works.bepress.com/pfc/56>

Trazendo à tona um novo paradigma do Direito, o direito a ter direitos, o dever de observarmos os direitos que temos, os que os outros têm, os que temos em comum e os que todos temos como efetivo exercício de direitos e deveres uns para com os outros.

A contemporaneidade dos princípios: Liberdade, Igualdade e Fraternidade que iluminaram, há 220 anos, a Revolução Francesa pode ser observada e reflete-se em diversas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF), instância máxima do Judiciário brasileiro e guardião da Constituição Federal.

Somente a título de ilustração, podemos constatar atualmente, no nosso dia a dia, algumas Decisões, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, do STF do Brasil, integralmente no ANEXO I.⁷⁷ A *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768-4 Distrito Federal*, cuja Relatora foi a Ministra Cármen Lúcia, ajuizada em 1º de agosto de 2006, onde apenas salientamos abaixo alguns trechos, quando ela refere-se ao Direito Fraterno/solidário/constitucionalizado:

“3. Alega a Autora que a presente Ação Direta “visa apenas que o Supremo consagre uma interpretação (ou elimine uma dentre as possíveis do art. 39 do Estatuto do Idoso Lei n. 10.741/2003) de que seja compatível com inteligência harmônica dos arts. 30, V; 37, XXI; 175; 195, § 5º; 203, I e 230, caput, e § 2º, todos da Constituição, de forma a desvendar os limites e possibilidades de aplicação da regra de gratuidade no cenário do serviço de transporte urbano prestado indiretamente pelo Município, isto é, no regime de permissões e concessões.” (fl. 5)

a) o direito daqueles que têm mais de 65 anos ao transporte gratuito “encarna uma decisão política de amparar a velhice como valor constitucional, por isso deve ser classificado ou como direito social de uma fatia determinada da população, logo de segunda geração; ou **como direito de solidariedade ou fraternidade**, ligado à assistência social, e por isso pertencente à classe dos direitos de terceira geração, (...) o que já [seria] bastante para inferir que a sua implementação pelo poder público municipal, sempre a atrair prestações positivas de cunho oneroso, submeter-se-á à luz da chamada reserva do possível” (fl. 6);

5. Insiste a Autora que esse direito do idoso não seria de primeira, mas de segunda ou até mesmo de terceira dimensão. Essa discussão não tem cabimento aqui para o desate da questão posta a exame. Primeiro, porque independentemente da

⁷⁷ http://www.conjur.com.br/2007-set-20/idosos_direito_transporte_gratuito_decide_stf?pagina=6 – ACESSO EM 09.11.2009

classificação, como consignado na Constituição, *é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a participação do idoso na comunidade*. Segundo, porque essa participação demanda, salvo em casos específicos, a possibilidade de os idosos se locomoverem. Terceiro, porque *a dignidade e o bem-estar dos idosos* estão fortemente relacionados com a sua integração na comunidade para que se possa dar a sua participação na vida da sociedade.

Não é aboletado e aquietado em razão de sua carência para pagar transportes por meio dos quais possam se locomover que se estará garantindo ao idoso o direito que a Constituição lhe assegura.

6. O transporte gratuito, especialmente para os idosos que sobrevivem de aposentadorias insuficientes para o suprimento de suas necessidades básicas, apresenta-se como verdadeiro suporte para que possam exercer, com menores dificuldades, *seu direito de ir e vir*.

8. A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua *dignidade e de seu bem-estar*, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível.

Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a *garantia do mínimo existencial*, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser “o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais ... que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado”.

O Ministro Carlos Britto ao votar com a relatora, concluiu que ela retratou “o advento de um novo “Constitucionalismo Fraternal” ou, como se refere o autor italiano Michele Carducci, “altruístico”. Segundo ele, “não se trata de um direito social, mas de um direito fraternal para amainar direitos tradicionalmente negligenciados”.

Outra decisão se deu em 2004 e é concernente a “contribuição previdenciária dos inativos”. A decisão foi tomada no julgamento conjunto das ADI’s 3105 e 3128. Seu fundamento baseou-se na manutenção solidária da previdência, havendo, assim,

tanto a participação de servidores ativos como de inativos, procurando-se impedir a inoperância da previdência pública com a participação solidária da sociedade cívica.⁷⁸

A decisão do STF em abril de 2008 sobre o “Acesso a medicamentos e tratamento”, que se deu por ocasião de um acidente, onde o estudante pernambucano ficou tetraplégico, após ser assaltado. A Corte determinou que cirurgias e implantação de marcapasso diafragmático muscular, para que ele pudesse respirar deveria ser custeada pelo Estado de Pernambuco, pois o entendimento judicial fundamentou-se na omissão de segurança por parte dos agentes públicos, “medidas que muitas vezes os responsáveis pela segurança pública nos estados desconhecem ou fazem de conta que não sabem”, de acordo com o Ministro Celso de Mello.⁷⁹

Em maio de 2008, o STF deliberou sobre “Células-tronco embrionárias”. O tema foi discutido pela ADI 3510 impetrada com a finalidade de impedir essa linha de estudo científico. O Ministro Relator Carlos Aures de Brito votou pela total improcedência da Ação, cujo voto foi fundamentado nos dispositivos constitucionais que garantem o direito à vida, saúde, planejamento familiar e à pesquisa científica, como também, destacou o espírito da sociedade fraternal, vislumbrada pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa voltada para a cura de doenças, qualificando a Lei de Biossegurança como “perfeito e bem cocatenado bloco normativo”.⁸⁰

A decisão sobre “Pneus usados” foi tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101, em junho de 2009. Essa decisão é de suma importância, pois prima pela preservação do meio ambiente, tema constitucionalmente fraternal, que impõe tanto ao poder público como a coletividade o dever de defender e preservá-lo para as gerações presentes e futuras.⁸¹

Enfim, é a Constituição e o próprio Estado, possibilitando inovações na ordem jurídica, adotando posturas sintonizadas com o “Constitucionalismo Fraternal”.

A Constituição objetivou unir os cidadãos numa mesma comunidade, ao determinar uma finalidade estatal em direção a socialidade, onde todos têm o direito e o dever de contribuir para o bem do próximo, tornando objetiva e clara sua dimensão fraternal, através da integração cívica e comunitária.

⁷⁸ www.stf.jus.br. Acesso em 10.11.2009

⁷⁹ Ibidem. Acesso em 10.11.2009

⁸⁰ Ibidem. Acesso em 10.11.2009

⁸¹ Ibidem. Acesso em 10.11.2009

A ciência jurídica e o mundo, hodiernamente, passam por uma fase de mudança de paradigmas, onde o direito não pode mais ser analisado sob uma ótica tecnicista, positiva, dogmática. Em qualquer área do Direito, das *epistemai* e das relações sociais, o que se tem é uma incessante busca pela paz social.

A realização da democracia constitucional é real, enquanto atitude de subjetividades participativas, capazes de fazer do processo democrático uma forma peculiar de propiciar entendimentos éticos que sintetizem na Constituição um projeto de destino compartilhado.

CAPÍTULO III – DIMENSÃO POLÍTICA

“A vida é um caminho de sombras e luzes.
O importante é que se saiba vitalizar as sombras
e aproveitar a luz”.

Bergson

III - DIREITO FRATERO, CIDADANIA E SOBERANIA ESTATAL

3.1 O DIREITO FRATERO EFETIVANDO O CONCEITO DE “CIDADANIA MUNDIAL” NA PÓS-MODERNIDADE GLOBALIZANTE

3.1.1 UMA VISÃO PSICO-FILOSÓFICA

A essência do ser humano, mas, especificamente, sua humanidade é basicamente arquetípica, não se podendo deixar de ressaltar as teorias junguianas, no sentido de que toda existência do ser humano é pautada no inconsciente coletivo, onde existem símbolos, verdadeiros arquétipos incrustados, como remanescência, resquícios de todas as culturas em todos os tempos.

O próprio Freud admitiu, em sua segunda tópica: id, ego e superego, que até no id, considerado por ele a instância mais primitiva da personalidade, possuía aspectos conscientes e inconscientes, cujos inconscientes, até mesmo, involuntariamente, vinham à tona e se manifestavam em atitudes que muitas vezes eram estranhas a cultura na qual o indivíduo estava inserido.

A cidadania cosmopolita não funciona como um amontoado de diferentes identidades culturais. Sua real concepção tem como pressuposto uma nova maneira de ver e edificar o mundo, assim como também envolve a construção de uma nova subjetividade ou intersubjetividade. Essa por sua vez, expressa-se no modo de ser ético que implica na abertura à alteridade do outro e de si mesmo, no encontro com o outro, tornando-se um veículo, um instrumento de criação de novos modos de existência, e, consequentemente, de novos tipos de sociedade.

A relação entre subjetividade e alteridade (etimologicamente oriunda do latim “alteritas”) é fundamental, porque significa abrir-se para o outro. E abrir-se para o outro pressupõe aceitar e viver a experiência de que não somos, apenas, uma individualidade, uma identidade fixa, mas um permanente processo de evolução, na condição de afetar e

sermos afetados pelo outro, implica numa transcendência, é uma verdadeira ultrapassagem da individualidade, enfim encerrando em si a intersubjetividade e a comunicação em torno de uma esfera comum de ética, princípios e valores.

O que implica em novas práticas sociais, que já estão ocorrendo diante das novas possibilidades de uma vida pautada pela globalização, e, estranhamente, com todas as suas formas de exclusão social.

Para Antônio Sidekum, vive-se uma época de agonia das grandes utopias. E quando “uma sociedade não é mais capaz de conceber e sustentar utopias, ela mostra-se doente. A utopia e o mito fazem parte essencial do individual e do coletivo humano.”⁸²

Se a sociedade não é mais capaz de produzir uma utopia para o mundo, e de sacrificar-se por ela, está fadada à neurose, a ruína, pois não existe fascinação nem deslumbramento numa felicidade acabada. E o que faz do ser humano uma criatura histórica, é ser partidário da felicidade imaginada.

Ora, “o princípio da esperança será encontrado na experiência da unidade e na multiplicidade, como poder de uma ética de solidariedade sustentada no reconhecimento da alteridade absoluta do outro.”⁸³

Em se tratando de alteridade, substantivo filosófico, cuja concepção parte do pressuposto básico, de que todo ser humano, como ser social, interage e interdepende de outros indivíduos.

E continua ressaltando, Sidekum, sobre a importância de escutar o Outro, onde só assim construiremos uma cultura verdadeiramente dialogal.

Segundo Adela Cortina, no interior de cada pessoa está a verdade e é preciso trazê-la à tona, por intermédio do diálogo, para concretizar um processo da busca da cooperação entre o verdadeiro e o justo.

Para ela, o diálogo é “(...) um caminho que compromete em sua totalidade as pessoas que estão envolvidas porque, neste contexto, deixam de ser meros expectadores para converterem-se em protagonistas de uma tarefa compartilhada, ou seja, a busca compartilhada do verdadeiro e do justo, e a resolução justa dos conflitos que vão surgindo ao longo da vida.”⁸⁴

Segundo a supracitada autora, o que caracteriza uma ética cívica é uma ética de mínimos, uma ética de cidadãos e não de súditos, aliadas a um tipo de consciência moral

⁸² SIDEKUM, Antônio. **Multiculturalismo**: desafios para a educação na América Latina. p. 79.

⁸³ Idem

⁸⁴ CORTINA, Adela. **Ciudadanos del mundo...** p. 247.

baseada na autonomia, estando, portanto, na base dessa estrutura os valores de liberdade, igualdade e solidariedade, os direitos humanos, a tolerância ativa e um ethos dialógico (que busca compatibilizar o universalismo e o respeito à diferença).

3.1.2 A CIDADANIA MUNDIAL E A GLOBALIZAÇÃO ÉTICA

É a partir da percepção da importância do diálogo que pode ser construído outro valor essencial à cidadania mundial: a solidariedade. A solidariedade como valor moral, na visão cosmopolita, acontece se não for uma solidariedade estreita, neurótica e preconceituosa.

Na visão cosmopolita a solidariedade é universal. E entra em vigor quando as pessoas atuam pensando não só nos interesses particulares dos membros de um grupo, mas, sobretudo, pelos que são afetados pelas ações do grupo.

Neste sentido, escreve Adela Cortina, “a solidariedade significa ultrapassar as fronteiras dos grupos e dos países, estendendo-se a todos os seres humanos, incluindo as gerações futuras. Onde surge a percepção de três novos valores ao menos: a paz, o desenvolvimento dos povos menos favorecidos e o respeito ao meio ambiente.”⁸⁵

Para que tais valores se desenvolvam é necessário uma ética intercultural, que por sua vez acarreta o respeito mútuo das diferenças culturais.

Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos propõe que, “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a serem iguais, quando a diferença os inferioriza, e o direito a serem diferentes, quando a igualdade os descaracteriza.”⁸⁶

Observamos que existem dois tipos de fraternidade/solidariedade que são essenciais à convivência humana, um ligado às formas de convívio e outro relacionado ao bem estar social geral que visa, sobretudo, a justiça.

Faz-se mister explicitar que a primeira diz respeito à padronização de costumes e modos de vida, incluindo-se aqui a homogeneização de questões como o trabalho, a economia, o transporte, a comunicação, o lazer, a cultura, a política, dentre outras; enquanto que, a segunda, essencialmente, ética, alicerçada no respeito aos direitos humanos, objetiva a construção de uma cidadania mundial, independente das relações de dominação e poder.

⁸⁵ CORTINA, Adela. **Ciudadanos del mundo...** p. 243 e 244

⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a democracia.** p. 122.

Entretanto, ambas as formas são indispensáveis para que não se interrompa ou se desagregue o movimento de unificação do gênero humano.

A solidariedade da família humana tem, assim, esferas fundamentais de atuação, entre as pessoas, no grupo social, nas relações intergrupais, bem como entre as sucessivas gerações grupais interculturais, ao longo dos tempos.

Atualmente, com a Globalização, a igualdade deverá servir para que cada um e seu grupo cultural possam expressar sem discriminação suas diferenças. É nesse sentido que a ética intercultural deve ser expressada no respeito à diferença e na coexistência e retroalimentação das culturas.

Na medida em que cada vez mais, os indivíduos têm compromissos complexos de lealdade e identidades multifacetadas, correspondentes à globalização das forças econômicas e culturais e à reconfiguração do poder político.

Os movimentos dos bens culturais através das fronteiras, a hibridização e a mescla das culturas criam a base de sociedades civis transnacionais e de identidades superpostas, surgindo uma estrutura comum de entendimento para os seres humanos, o *Direito Fraternal*, que se expressa e une as pessoas cada vez mais em coletividades entrelaçadas capazes de construir e sustentar o movimento, os órgãos e estruturas jurídicas e institucionais transnacionais.⁸⁷

Outra importante fase da elaboração teórica do conceito de cidadão do mundo, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, a toda ordenação estatal, surgiu com o pensamento de Kant que, partindo da noção de "razão prática", inerente a todos os seres racionais, dotados de vontade própria, formulou o princípio de que todo ser humano existe como um fim em si mesmo, e não simplesmente como um meio através do qual a vontade age.

Chegou-se, assim, à constatação de que a dignidade da pessoa resulta, além da questão de ser esta, ao contrário das coisas, um ser considerado como um fim em si mesmo, também do fato de que, por sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, ou seja, com capacidade de se nortear por suas próprias leis.

A concepção kantiana da dignidade da pessoa valoriza o ser humano e a busca de sua felicidade tanto em nível individual quanto coletivo, favorecendo a concretização da felicidade alheia.

⁸⁷ HELD, David; MacGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. p. 88

Tais premissas se constituem numa importante justificativa de reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais e dos direitos humanos, na busca da realização de políticas públicas de conteúdo económico e social, conforme preconizou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Portanto, conclui-se que os direitos, os deveres e o bem-estar dos indivíduos só podem ser satisfatoriamente garantidos se, além de sua articulação adequada nas constituições nacionais, forem respaldadas por regimes, leis e instituições regionais e globais.

A promoção do bem político e de princípios igualitários de justiça e participação política é buscada, com acerto, nos níveis regionais e global.

A efetivação dessa possibilidade está intimamente ligada à criação e ao desenvolvimento de organizações transnacionais sólidas e estruturadas.

Assim sendo, o mundo contemporâneo não é um mundo de comunidades fechadas, com modos de pensar mutuamente impenetráveis, economias auto-suficientes e Estados idealmente soberanos.

Em função disso, não é contraditório, a partir de uma “visão cosmopolita que não implique uniformidade, nem o colapso das diferenças, que se busque um marco para a existência de uma soberania pluriestatal, a cidadania cosmopolita, a educação interétnica e a ética intercultural.”⁸⁸ E vislumbrando e contribuindo com isto tudo estará o *Direito Fraternal*.

A cidadania hoje verificada, pelo alcance do Direito Fraternal, não é apenas uma idéia convocada pelo sentido pós-moderno de solidariedade, o que é confirmado no pensamento de José Casalta Nabais: “Em primeiro lugar, a idéia de solidariedade não é, ou não é só, uma moda dos tempos que correm. Ela é efetivamente um valor que suporta uma nova dimensão da cidadania nesta sociedade e neste tempo em que nos é dado viver – a «cidadania solidária» ou a «cidadania responsabilmente solidária». Uma cidadania que acresce assim à cidadania passiva do estado liberal, à cidadania política (ativa) do estado democrático e à cidadania social do estado social.”⁸⁹

É nesse âmbito que decorre, de forma similar, o pensamento de Lenio Streck: “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo *transformador* da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das

⁸⁸ BILBERY, Norbert. **Democracia para la diversidad**. p. 127.

⁸⁹ NABAIS, José Casalta. Por uma Liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra. Ed, Coimbra, 2007. p. 159

condições sociais de existência. O seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública, quando o democrático qualifica o Estado. Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”.⁹⁰

Assim, também surge um novo paradigma da cidadania, em palavras do Conselho da Europa, no documento sobre Educação para a Cidadania Democrática, cuja amplitude abrange dimensões: social, política, económica, cultural, ambiental e espiritual.

Como processo de aprendizagem ao longo da vida, a cidadania num paradigma pós-moderno, encontra-se envolto em muitos objetivos, como, justiça social, participação, coesão social, equidade, responsabilidade, ética e solidariedade.

É de acordo geral que é imprescindível a educação para a cidadania, esta tendência tem sido despertada a partir da década de 90, onde as organizações internacionais têm proposto aos governos projetos para o desenvolvimento da cidadania por intermédio da educação, elencando alguns valores e sugerindo estratégias educativas.

O exercício da cidadania é promovido pelo cultivo de um conjunto de valores e virtudes universalmente compartilhado como: a justiça, verdade, prudência, coragem e liberdade, que incidem diretamente no perfil de condutas que define a formação do cidadão democrático: o respeito por si próprio, pelo outro, pelo diferente, a busca do bem comum, o sentido de responsabilidade pessoal e coletiva.

José Casalta Nabais sugere uma dimensão solidária para a cidadania, como complementadora das anteriores já existentes, a pessoal, política e social. Na medida em que, os tempos configuram o surgimento de um paradigma solidário/fraterno, estamos também diante da instauração de uma quarta etapa de afirmação da cidadania, e prossegue: “a dimensão solidária da cidadania implica o empenhamento simultaneamente estadual e social de permanente inclusão de todos os membros na

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 93.

respectiva comunidade de modo a todos partilharem um mesmo denominador comum, que assim os torne cidadãos de corpo inteiro dessa comunidade.”⁹¹

3.2 DIREITO FRATERNO: FATOR PREPONDERANTE PARA OS LIMITES DA SOBERANIA ESTATAL

3.2.1 UMA ABORDAGEM CONTEMPORÂNEA DE SOBERANIA

Normalmente, as discussões que envolvem o conceito de Direito, refletem idéias respaldadas na simbologia de “soberania do Estado”, “soberano”, “soberania”, estando assim, para que exista enquanto “ser”, envolto num caráter coator.

Entretanto, este modelo que era requisitado para justificar o “sein” do Direito encontra-se em transformação, uma vez que a inter-relação entre os Estados, vem demonstrando um pacto interculturalmente entre os mesmos, procurando amenizar cada vez mais as desigualdades entre si,

Numa abordagem mais moderna o conceito de soberania tem grande relevância para as relações internacionais, do Direito Internacional e Comunitário, mas, sobretudo como contraponto com a efetivação dos Direitos Humanos e a entrada em cena do Direito Fraterno, que contribuíram significativamente para imposição dos seus limites, confraternizando-a com o Ser Humano.

A contribuição de Aristóteles nos primórdios da doutrina, na Antiguidade, aponta o conceito de soberania relacionado ao de autarquia.

Na antiguidade grega, os Estados formavam uma comunidade perfeita capazes de suprir as necessidades de seus cidadãos, sem recorrer ao auxílio externo.

O conceito que se tem até o século passado de soberania surgiu no século XV, juntamente com o nascimento do Estado Moderno.

Foi essencial para o exercício do poder pelos reis a forma como fora concebida, pois precisavam impor e consolidar sua autoridade à organização descentralizada da era medieval.

Baseados neste conceito, os Estados foram unificados, com a afirmação do poder do rei sobre um determinado povo e território.

Jean Bodin, na obra *Os Seis Livros da República*, foi o primeiro escritor a introduzir esta concepção da soberania do poder real.

⁹¹ NABAIS, José Casalta. Por uma Liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra. Ed, Coimbra, 2007. p. 151

A partir de então, a soberania passou a ser analisada em seus aspectos internos e externos.

Internamente, os soberanos exerciam uma relação de poder com o povo sem intermediários, assumindo total supremacia e não se sujeitando a nenhum outro poder, nem os senhores feudais tinham mais autonomias e todos se sujeitavam ao poder real.

No tocante aos aspectos externos da soberania, os soberanos passaram a considerar uns aos outros como iguais, sem a intervenção de nenhum juiz com poder sobre os Estados, cabendo a eles decidir sobre a guerra e a paz.

Vale salientar que muitos significados têm sido atribuídos ao termo soberania, no decorrer da história.

Inicialmente, as teorias teocráticas afirmavam que o poder tinha origem divina, sendo que estas teorias se dividiam: em teoria da investidura divina e na teoria da investidura providencial.

Na primeira, os soberanos tinham a delegação direta de Deus e na segunda admitia apenas a origem divina do poder.

As teorias democráticas apareceram, como resultado das revoluções burguesas, e conjuntamente com elas a expressão *soberania popular*, principalmente após a publicação do *Contrato Social de Rousseau*.

A soberania popular tinha como titular o próprio povo e como fundamentos a igualdade política dos cidadãos e o sufrágio universal, sendo exercida por intermédio de seus direitos políticos.

Provavelmente, e conforme as lições de Canotilho, este conceito evoluiu para a idéia de soberania nacional, cuja titularidade é deslocada para a nação, representada pelo povo organizado numa ordem instituída como um complexo indivisível.

Assim, pode-se dizer que, o que diferencia a idéia de soberania popular, defendida por Rousseau, da idéia de soberania nacional, tal qual descrita por Canotilho⁹², é a participação política, pois, a primeira reconhece a todos os cidadãos direitos políticos, e a segunda limita a participação àqueles investidos pela nação na escolha dos governantes⁹³.

Segundo, Roberto Luiz Silva, “soberania nacional é o direito do povo escolher seus próprios governantes, através do voto nas eleições”.⁹⁴

⁹² Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pp. 99-100.

⁹³ Bonavides, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros., 1997, p. 132.

⁹⁴ Silva, Roberto Luiz. Direito Internacional Público p. 165

Enfim, o modelo da soberania nacional foi adotado após a Revolução Francesa, sendo o modelo que predomina até os dias atuais nos Estados que se organizam como Democracias Constitucionais.

Nesta nova formulação do conceito de soberania, a maior parte dos estudiosos classificam-na como una, indivisível, imprescritível e inalienável.

Destaca-se, também, como característica da soberania, a coatividade, pois somente o poder soberano é autorizado a empregar a força material, através de elemento de coação, com o objetivo de obrigar aos indivíduos o cumprimento da ordem jurídica.

Outra característica é que o poder do Estado não é ilimitado. O fundamento básico do Direito se sustenta no fato de que o Poder Político, para se legitimar, deve organizar-se em um Estado, autolimitando seus poderes e criando mecanismos de proteção às minorias.

Este é o papel das Constituições, que são a base da organização política, instituindo os poderes públicos, definindo-lhes as competências e fixando direitos e obrigações ao indivíduo face ao Estado e vice-versa. Por esta razão, tanto o Estado como os indivíduos devem obedecer às disposições das leis promulgadas pelo Poder Estatal.

A principal característica da soberania, nas democracias modernamente, é o exercício do Poder Constituinte Originário, denotando uma estreita relação entre ambos.

Ademais, para ser soberano, o Estado não pode estar submetido a outro, assim, pode elaborar a sua constituição, criar órgãos, determinar competências e definir os direitos e garantias de seus respectivos cidadãos, sendo, a Constituição o símbolo de maior poder soberano, no entanto, não se deve confundir o conceito de soberania com os poderes do Estado, no qual a primeira é indivisível, já o poder do Estado pode ser repartido na sua execução, de acordo com as funções a serem desempenhadas.

Neste contexto, um grande acordo foi firmado, em 1648, entre a maioria dos países europeus, conhecido como a Paz de Westfália⁹⁵, que iniciou-se o reconhecimento de igualdade e a soberania entre governos, inaugurando-se o consenso das noções e princípios acerca de “soberania estatal” e “Estado-Nação”.

⁹⁵ Também conhecido como Tratados de Muenster e Osnabrueck, designa uma série de tratados que foram desencadeados com o intuito de por fim a guerra dos trinta anos, onde foram reconhecidas também as Províncias Unidas e a Confederação Suíça, o tratado Hispano-Holandês foi assinado em 30 de Janeiro de 1648 (em Muenster). O de Osnabrueck, também assinado em 1648, em 24 de Outubro, pelo então Sacro Imperador Romano-Germanico, Fernando III e os demais príncipes alemães, da França e Suécia. Encerrando a guerra entre estas últimas e o primeiro. Costuma, ainda, ser decorrente de Westfália, o Tratado dos Pirinéus (1659) que culminou com o término da guerra entre a França e Espanha.

Porém no início do século XX, houve o aumento exacerbado das desigualdades com a expansão do comércio internacional, a insatisfação da Itália e da Alemanha, por ficarem excluídas na exploração de colônias, no processo neo-colonial, a crescente rivalidade entre França e Alemanha, em virtude de ter perdido a região da Alsácia-Lorena para a Alemanha, durante a guerra Franco-prussiana, além da forte corrida bélico-armamentista intentada pelos Estados, contribuíram para a derrocada do acordo, resultando na Primeira Guerra Mundial (1914-1918).

Com o fim desta, um novo modelo foi criado, conhecido como Liga ou Sociedade das Nações, em 1919, Versalhes, com o Tratado de Versalhes, que veio a fracassar rapidamente, por volta de 1942.

No final da Segunda Guerra Mundial, instaurou-se a instituição chamada ONU, sob liderança dos Estados Unidos, sendo decisiva para o bom funcionamento e coordenação entre os Estados, uma nova macroestrutura internacional do Pós segunda Guerra Mundial.

Desde então, as relações internacionais dos Estados foram solucionadas através da intergovernamentalidade, com a ratificação dos pactos e convenções internacionais, sugerindo uma política supranacional, culminando com a proliferação de organizações internacionais.

O fundamento da proteção jurídica do homem, da mulher e da criança na comunidade internacional a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o reconhecimento jurídico da existência da dignidade inerente ao ser humano.

A partir de 10 de dezembro de 1948 o respeito à dignidade da pessoa humana não mais se encontrava necessariamente articulado à existência de um vínculo de nacionalidade reconhecido pelo Direito de apenas um determinado Estado.

O conceito de cidadania como o direito inerente ao ser humano a ter direitos ganha uma maior amplitude, adquire uma dimensão internacional.

A cidadania que tem como pré-requisito a nacionalidade é a cidadania do Estado-Nação.

Contudo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) inaugura uma nova forma de cidadania: a cidadania cosmopolita⁹⁶.

A universalização da proteção à pessoa humana pelo DIDH para a ordem internacional gera a erosão do conceito de soberania.

⁹⁶ Almeida, Guilherme Assis de. Direito Internacional dos Direitos Humanos

A noção de soberania dos Estados sofre um desgaste significativo com o aparecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) que elevou o ser humano a condição de sujeito de direito na comunidade internacional.

Desse modo, tanto o Estado é sujeito de direito clássico do Direito Internacional, como o cidadão passa a ser sujeito de direito da cidadania mundial e as Organizações Internacionais ganham o espaço de sujeito de direito superveniente, ampliando-se, assim, consideravelmente, o campo de atuação do Direito Internacional, através da compreensão do Direito Fraternal.

O cidadão do mundo adquire o status de sujeito de direito internacional, pois dessa feita o Estado não pode mais utilizar-se da argumentação do uso da soberania territorial na justificativa de violações dos direitos humanos.

E como bem nos ensina Jorge Miranda: “A queixa de um cidadão contra o seu próprio Estado diante de um órgão jurisdicional ou jurisdicionalizado internacional, a indagação a que este procede e a eventual decisão contra o Estado que venha a decretar (condenando-o a pagar uma indemnização do lesado) abalam de uma maneira irreversível o dogma da soberania.”⁹⁷

Pretendemos indicar o Direito Fraternal como uma nova maneira de se analisar o Direito, numa perspectiva cosmopolita, imbuída pela busca da justiça, incorporada pela forma altera de comportamento em perceber o ser humano, ampliada pelo respeito à liberdade e dignidade do outro, com a finalidade do bem comum da humanidade, inspirada na paz e não-violência.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. Escritos vários sobre Direitos Fundamentais. Estoril: Príncipe editora, 2006, p. 442/443

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A idéia tradicional de soberania caracteriza-se historicamente, como um poder incontestável, supremo e absoluto, com o qual o Estado, titular exclusivo deste poder, tem a capacidade de decidir e criar as normas jurídicas, aplicando-as coercitivamente dentro de seu espaço territorial, bem como impor-se, em igualdade de condições, frente às relações com os demais Estados, não reconhecendo, acima de si, qualquer outro poder.

Tal noção, emergida como elemento fundamental para o fortalecimento do Estado Moderno, não se justifica mais frente à nova realidade mundial, de Estados pós-modernos. Embora permaneça como uma idéia de insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado, deve-se levar em conta uma certa relatividade que lhe é imposta face às novas relações que se estabelecem no âmbito internacional.

O fenômeno da globalização da economia e suas conseqüências geram uma nova mentalidade criada a partir de interesses políticos e econômicos compartilhados, forçando a necessidade de revisão quanto ao conceito de soberania.

A globalização da economia e a criação dos blocos regionais, fundamentalmente a formação da União Européia, impuseram uma nova lógica no que concerne às relações internacionais e, como conseqüências, felizmente usurparam as tradicionais pretensões dos Estados quanto ao poder ilimitado e absoluto contido na velha noção de soberania.

De acordo com Pérez Luño, “La globalización invita a contemplar los fenómenos y problemas económicos, culturales y políticos del mundo desde una perspectiva totalizadora, que supere la visión fragmentaria y parcelada de los mismos. La globalización implica un nuevo *método* y una *nueva mentalidad* a partir de la idea de que todo interfiere en todo y que todo depende de todo.”⁹⁸

Por outro lado, as chamadas empresas transnacionais desempenharam um importante papel na criação de uma nova mentalidade quanto às relações internacionais.

Por não estarem vinculadas a algum Estado em particular, e por disporem de capacidade de decisão econômica poderosa, podem e têm afetado, profundamente, a ordem social e política de muitos países, especialmente aqueles economicamente frágeis, com ingerência em seus negócios internos e impondo aos seus governantes,

⁹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Navarra: Garrigues Cátedra, 2006. p. 244.

atitudes que contradizem com a concepção tradicional de soberania estatal, transformando-a em um conceito meramente formal.

Destarte, deve-se repensar o caráter soberano de uma ordem política absoluta e todo-poderosa atribuída ao Estado.

A pessoa humana é considerada efetivamente sujeito na ordem jurídica internacional, pois somente com esse reconhecimento é que se torna possível a proteção internacional dos direitos humanos, ou seja, é mister que lhe sejam conferidos direitos, mas, que sobretudo, sejam-lhe assegurados os meios efetivos para assegurá-los.

Antonio Augusto Cançado Trindade⁹⁹ expõe que ao serem ratificados os tratados de direitos humanos pelos Estados-Partes, estes contraem, paralelamente às obrigações convencionais pertinentes aos direitos a serem protegidos, contraem também obrigações gerais consignadas naquele tratado, devendo, por conseguinte, adequar o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção dos direitos humanos.

Os direitos humanos deixam de pertencer à jurisdição doméstica, do domínio reservado aos Estados, indicando como consequência dessa internacionalização a relativização da soberania dos Estados, possuindo, assim, diversos mecanismos de proteção na ordem jurídica internacional, tais como: a Comissão Européia de Direitos Humanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, etc., em consequência disso, observa-se, que deverá haver mais responsabilidade internacional do Estado por violar os direitos humanos.

Em igual sentido discorre Flávia Piovesan, “Os direitos humanos se converteram em tema de legítimo interesse internacional, transcendente ao âmbito estritamente doméstico, o que implicou no reexame dos valores da soberania a autonomia absoluta do Estado. A universalização dos direitos humanos fez com que os Estados consentissem em submeter ao controle da comunidade internacional, o que até então era de domínio reservado”.¹⁰⁰

A tudo já mencionado some-se o multiculturalismo, que, muitas vezes em nome da preservação da unidade cultural e tradicional de um determinado povo, impede a uniformização de ideais em torno de princípios capazes de assegurar o respeito e o tratamento digno aos seres humanos, cidadãos do mundo, em torno do planeta.

⁹⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O Direito Internacional em um mundo em transformação. p. 649.

¹⁰⁰ Piovesan, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p.175.

Entretanto, todas as dificuldades não devem servir de obstáculo para uma tentativa de se consolidar garantias mínimas, capazes de servir de ponto inicial para o desenvolvimento de um debate amplo e irrestrito capaz de dar forma a uma teoria dos direitos humanos de caráter universal e uniforme, assegurando, dessa forma, os fundamentos de um direito cosmopolita, conforme concebido por Immanuel Kant, "À primeira vista parece que os mares interrompem a comunicação entre os povos; e, todavia, a navegação é o meio natural mais favorável a suas relações. E essas relações podem ser tanto mais ativas quanto mais próximas forem as costas (por exemplo, nos mares mediterrâneos). Porém, o freqüentar estas costas e, sobretudo, os estabelecimentos fundados para reuni-los depois à metrópole, fazem com que a violência e os males sofridos num ponto de nosso globo se propaguem por todo o globo. Contudo, este inconveniente possível não pode privar do direito cosmopolítico de ensaiar a sociedade com todos e de percorrer com esse intento todos os países da Terra, ainda quando não haja direito de se estabelecer (*jus incolatus*) no território de outra nação a não ser por meio de um contrato particular".¹⁰¹

Deve-se, portanto, perseverar e prosseguir reafirmando a crença na possibilidade da construção de uma teoria dos direitos humanos de caráter universal e uniforme, sem que haja a necessidade de desconsiderarem-se as características culturais das várias comunidades envolvidas nesse objetivo, vivenciando-se o interculturalismo.

É nessa perspectiva que defendemos um Direito Integrador, que clarifique que o principal vocábulo ou prefixo que mais se adequa aos nossos tempos atuais, é o INTER, a interdisciplinariedade, a intercultura, a visão pós-moderna relacionada a interrelação de tudo a tudo, cuja integridade das culturas é respeitada e assimilada mutuamente no que for considerado adequado e promissor ao desenvolvimento humano.

Dessa forma, para que se possa entender a importância de uma consciência de cidadania mundial, deve-se concluir pela viabilidade de uma Constituição Supranacional ou Internacional, o surgimento de um Direito Integrador, fraterno, altruísta, etc., e o irreversível processo de estabelecimento de um Governo global são etapas na formação da sociedade-mundo.

¹⁰¹ Kant, Immanuel. Doutrina do Direito, traduzida por Edson Bini, 2ª edição. São Paulo: Ícone, 1993. Kant, Immanuel, *op. cit.*, p. 202.

Os sujeitos de direito do Direito são todos os cidadãos-mundo. Tanto o Direito Integrador/Fraterno, como a sociedade-mundo são interdependentes e complementares. Agindo e interagindo, um sobre a outra.

A perspectiva globalista aponta para importantes movimentos políticos, sociais e acadêmicos na direção do estabelecimento da Sociedade-Mundo, tais como as Conferências da ONU da década de 1990, o modelo de Amartya Sen do desenvolvimento como liberdade, o confronto entre multiculturalismo e cosmopolitismo e, finalmente, o surgimento no horizonte de uma Inteligência Coletiva.¹⁰²

Conforme Eduardo Bittar: “Mas, no momento da crise paradigmática, em plena expansão da crise, deve-se ter uma visão otimista deste processo de reversão de padrões, captando-se em tudo isto um momento privilegiado de reflexão, um momento de *re-avaliar* valores e de proporcionar mudanças estruturais no eixo sobre o qual se estruturavam as relações sociais e humanas, em sentido mais abrangente, ou ainda, um momento de ouvir vozes dissonantes e incorporar novas práticas ao sistema”.¹⁰³

Portanto, a efetivação dos direitos humanos depende da coerência e da cooperação entre os Estados individualmente e da ação eficaz dos mecanismos jurídicos internacionais, onde foi e será efetiva a contribuição do Direito Fraterno, como base na preservação dos Direitos Universais dos Direitos Humanos.

Assim sendo, ocorrem grandes mudanças no mundo em decorrência da globalização que depreendem novas exigências quanto à orientação e formas de intervenção dos agentes econômicos, governamentais e de toda a sociedade. Todos voltados para uma vida partilhada num espaço-global, pautado por uma ética intercultural e pelo respeito a todos os seres humanos.

Paulo Ferreira da Cunha ensina-nos que: “O desenvolvimento intelectual, de que a formação jurídica faz parte, é um direito humano. E a educação para a cidadania e para os direitos humanos implica também o direito ao Direito, e o direito fundamental de todos a uma formação jurídica básica. Só a efectivação destes direitos culturais poderá garantir, em consonância com outros direitos políticos e sociais, uma sociedade de efectivo respeito pela dignidade do Homem e o respeito pela Natureza.”¹⁰⁴

Para o exercício de sua capacidade criadora e humanidade, é essencial ao Ser Humano a vontade introspectiva e conscientizada aberta a mudança, para poder tornar-

¹⁰² Almeida, Guilherme Assis de. Direito Cosmopolita e Inteligência coletiva. Artigo

¹⁰³ Bittar, Eduardo C. B. O Direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 178

¹⁰⁴ Direito & Cidadania- Direito autoritário ou fraterno? 31.07.2007

se, gradativamente, um propagador existencial em harmonia com o coletivo, da construção efetiva de valores éticos, essenciais à edificação de uma sociedade cosmopolita e intercultural.

Observa-se, assim, a necessidade de se reconstruir um interculturalismo crítico, que dirija uma transformação cultural da humanidade dentro de uma seara repleta de ética, respeito mútuo e fraterno, inserida numa realidade efetiva de justiça social, priorizando a incidência da personalidade humana e seus direitos à individualidade, à intimidade, à privacidade, à liberdade de crença e de expressão, como também a coletividade com seus respectivos direitos difusos.

Dessa forma poderemos entrelaçar as conquistas da história cultural do Ocidente, filosofia, humanismo, tradições, constitucionalismos e democracia num diálogo com as demais tradições culturais orientais, buscando articular no possível ético as posturas cosmopolita e interculturalista, num plano de ação política, crítica e axiologicamente construída, como possibilidade e contribuição para a transformação da sociedade pós-moderna, sob o risco e pena de que uma desumanidade crescente torne-a também “inumana”, “pós-humana” ou “desumana”.

A forma de atuação deverá ser imbuída pela luta do ser humano na participação ativa de construção e reconstrução de um planeamento coletivo que interferirá diretamente nos setores jurídico, social, econômico e cultural, objetivando a conjugação e participação da comunidade mundial norteadora da transmutação política e jurídica que se pretende realizar.

Portanto, não basta apenas numa pragmática discursiva, declarar direitos, como ocorreu no liberalismo clássico, ou buscar garanti-los, como no Estado Social. Urge que se consiga, efetivamente, concretizá-los, no Estado Democrático de Direito, que, provavelmente, proporcionará um Direito Transformador, como é denominado por Lenio Streck. Numa acepção semiológica, o termo transformação pode ser entendido como uma função que ao ser aplicada sobre um ente, abstrato ou concreto, resultará num novo ente, amplificado, modificado em sentido amplo, com relação ao estado original. É esse direito resultante e, portanto amplificado, onde caberá o modelo de sociedade pluralista e sem preconceitos como fora previamente declarado na Constituição .

O tempo da transformação é no presente, onde podemos identificar no Direito atual, inserido no processo de globalização, estratégias ou caminhos a percorrer, um deles, já bem conhecido nosso, que gerou a violência legalizada e culminou com duas

grandes guerras e o outro jurídico-interdisciplinar, rico em arte, a arte de julgar, do justo, de legislar, de interpretar, a arte de constitucionalizar os direitos, gerando um Direito, primordialmente, humano, que respeita as culturas, em consonância com o individual e o coletivo como partes interativas de um mesmo processo. É esse caminho já a algum tempo vislumbrado que precisamos efetivar, sob pena de regredirmos ao estado embrionário ou dicotomizado da psique jurídica.

É, portanto, o novo paradigma do direito que deverá integrá-lo devolvendo-lhe a saúde primitivamente inspirada pela força *mater* do Direito Natural, sem, no entanto, destituí-lo da força *pater* do Direito Positivo, mas dinamicamente, integrando-o, adequadamente, com leis justas, que concretizem, no mínimo, a justiça social e o bem comum da sociedade cosmopolita.

O que consubstancia-se no dizer de Lenio Streck, “É preciso referir que o Estado Social de Direito não conseguiu superar o problema da igualdade material, permanecendo uma percepção puramente formal, e foi por esta e outras razões que se desenvolveu um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito. Nele estão incluídas as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social, cujo comprometimento é com a *transformação do status quo*”.¹⁰⁵

Apesar de não discordar, mas diferentemente do que propõe Eligio Resta, nosso pensamento busca inspiração, na mudança de paradigma do Direito, que percorre o Direito objetivo, subjetivo, chegando ao Fraterno que nos convoca a propôr, questionar, ousar, na medida em que não é simples questionar-se dogmas jurídicos seculares.

O estudo do Direito Fraterno é, por outro lado, provocativo, já que permeia uma caminhada que enseja recriação numa responsável aventura permitida àquelas pessoas que estejam predispostas a refletirem sobre a possibilidade de novas abordagens, métodos diferentes e novos paradigmas para o atual sistema jurídico.

O que é proposto no estudo de Eligio Resta é a possibilidade de um direito fundamentado no pacto entre irmãos, no cosmopolitismo, na honestidade, na ética e na humanidade como fundamento de qualquer código. Sendo, por isso, um direito inclusivo, que propõe a ruptura com os modelos tradicionais, colocando também em questionamento a abordagem do sistema político. É uma proposta de solução de

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 24 e 45.

conflitos, cuja atuação e linguagem reflitam essa posição de irmãos, iguais, livres e dignos. E como a fraternidade é um valor que se encontra na seara jurídica, deverá ser exercitado, na atuação dos magistrados, na solução de conflitos e aplicação da lei.

Acreditamos que o caráter relacional e intersubjetivo do direito receberá novos contornos, a partir desse novo paradigma, onde poderemos compreender o Direito como um instrumento que regulamenta algumas condutas, facilitando a concretização da justiça que será alcançada mais adequadamente através da inter-relação jurídica com o exercício de relações fraternas, buscando-se a mediação e a conciliação como institutos jurídicos que tornem o Direito e a justiça efetivamente ao alcance de todos os seres humanos que vivam com os outros, e não apesar e contra o outro.

Afonso López Quntás refere-se que a humanidade deve buscar novas maneiras de assumir as melhores realizações da Idade Moderna, superando suas deficiências, as que provocaram as duas catástrofes mundiais e, prossegue, “Desde o período de entreguerras pede-se na Europa uma mudança no estilo de pensar, de sentir e agir. Essa mudança não se realizou, daí o desconcerto e a apatia da sociedade contemporânea. É hora de abandonar indecisão e lançar as bases de uma concepção de vida ponderada, mas ajustada à verdadeira condição do ser humano. Isso requer ter a valentia de optar pelo ideal da generosidade, da unidade, da solidariedade. Esse ideal – e a cultura correspondente – tem uma antiga e prestigiosa tradição na Europa, mas, diante de épocas anteriores a nossa, apresenta-se a nós como uma novidade. E não há maior triunfo que o de criar modos autênticos de união pessoal”.¹⁰⁶

Precisamos, pelo menos quando atuamos como profissionais, procurar na eticização da conduta profissional a troca de papéis, tão utilizada como técnica no tratamento psicológico, mas que pode ser vulgarmente utilizada buscando-se o exercício de colocar-se sempre no lugar ou situação do outro.

A própria necessidade de se compreender a complexidade da vida pós-moderna cada vez mais regida pelos reflexos do fenômeno da globalização, tem trazido inquietude mental, angústias e depressões às pessoas que são convidadas e expostas às informações e conceitos que não lhes dizem respeito e que são incorporados a sua respectiva cultura, e passam, sem um mínimo de reflexão, a direcionar nossas existências.

¹⁰⁶ QUINTÁS, Alfonso López. A Manipulação do Homem através da Linguagem. Tradução de Elie Chadarevian. p. 10. lquintas@filos.ucm.es.

Segundo, Paulo Ferreira da Cunha, as culturas globalizadas devem adequar-se e harmonizar-se com a/as culturas locais e, prossegue: “É desejável que o séc. XXI possa ser capaz de harmonizar uma intenção ética do Estado com o respeito pelas pessoas e grupos sócio-culturais respeitáveis”.¹⁰⁷

Enfim, a reflexão está trazendo à tona a necessidade de repensarmos o cotidiano dos nossos tempos, do significado desta vida denominada “pós-moderna”, reabrindo alamedas no campo propício ao ressurgimento de um Direito Fraternal, incorporado na Fênix do pensar para o questionamento filosófico sobre o nosso “modus vivendi”: a nossa vida no presente.

Estamos num tempo que desenha paulatinamente o surgimento de um novo paradigma, que envolve todas as *epistemai*, como verdadeira corrente filosófica pós-moderna.

Há uma imagem de Ser Humano que se reconfigura na invocação da fraternidade jurídica, onde podemos assistir a película do Direito, desde o Direito objetivo, das coisas, romanístico, continuando com o Direito Subjetivo, das pessoas, moderno e liberal para, provavelmente, um Direito do interpessoal jurídico, da interação pessoa a pessoa, efetivado na mediação, na conciliação, inspirando-nos uma justiça, que nos dirija os olhos de reconhecimento altero, contagiando nosso espírito, ao menos, de uma constitucionalização dos direitos, onde o Direito, mesmo envolvido com a globalização, de acordo com Paulo Ferreira da Cunha, poderá ainda se nortear pelos velhos/novos princípios de Santo Isidoro de Sevilha.¹⁰⁸

O entrecruzamento de visões de mundo, metodologias das ciências e do Direito Fraternal/Holístico, rende uma pauta de estudos na construção e desconstrução dos paradigmas dogmatizados, pois o Signo da Relação interpessoal mexe profundamente tanto com as ciências humanas quanto com as biológicas, naturais, da natureza, exatas, tecnológicas e quantas mais divisões se fizer.

O Direito não é apenas o condicionamento do presente pelo passado, mas com o Direito Fraternal como instrumento, é a transformação do presente, que por sua vez, é responsável pela atuação do futuro na construção de uma sociedade mundial, humana, solidária e fraternal.

¹⁰⁷ CUNHA, Paulo Ferreira. *O Século de Antígona*. Coimbra: Almedina, 2003. p.32.

¹⁰⁸ (Etimologiae, V, 21): a lei nova tem que ser honesta, justa, possível, adequada à natureza, ao costume nacional, oportuna, temporal e localmente, útil, clara e dirigida ao interesse comum. IN: CUNHA, Paulo Ferreira. *O Século de Antígona*. Coimbra: Almedina, 2003. p.34.

De acordo com Mario Bigote Chorão que expõe no capítulo sobre Realismo Jurídico e Pessoa Humana o seguinte trecho: “o ordenamento jurídico existe para servir as pessoas conforme a justiça e o bem comum; que a natureza e a dignidade da pessoa humana deve ser tomada como referência básica de determinação e realização do justo.”¹⁰⁹

O Direito Fraterno /Integrador/ Holístico/ Altruísta/ Transformador/ Solidário/ Humanista é, portanto um paradigma social e epistemológico que constrói, traduz e trás em si uma eticidade para um mundo em que harmonizará cada vez mais as relações interpessoais, principalmente, no tocante à conscientização dos seus direitos e deveres, passando-se, assim de uma era de um paternalismo estatal assistencialista, para uma sociedade intercultural, pluralista, fraternalmente provida de dignidade humana.

¹⁰⁹ CHORÃO, Mário Bigotte. Pessoa Humana, Direito e Política. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006,

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis e Perrone-Moisés, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos Humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1911.

BILBERY, Norbert. *Democracia para la diversidad*. Barcelona: Ariel, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992/2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: forense, 2003

CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDUCCI, Michelle. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (organizadores). *Direito & Fraternidade*. São Paulo: LTR, 2008.

CASTELLANI, José. *Maçonaria e Astrologia*. São Paulo: Editora Madras, 1998.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Pessoa Humana, Direito e Política*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Memória, Método e Direito*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *O Tímpano das virtudes*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *O Século de Antígona*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. da. *Lições Preliminares de Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Faces da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Constituição, Direito e Utopia*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

_____. *Arqueologias Jurídicas (Ensaio Jurídico-Humanísticos e Jurídico-Políticos)*. Porto: Lello Editores, 1996.

_____. *Síntese de Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Geografia Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2009.

_____. *Direito Constitucional Geral*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *“Peço Justiça”*. Lisboa: Edições Asa, 1990.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Neoconstitucionalismo: de Espectro a Realidade*. Ed. coord. de Regina Quaresma, Maria Lucia de Paula Oliveira, Farlei Martins Riccio de Oliveira. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 2009. XXI-XXIII. Available at: <http://works.bepress.com/pfc/56>

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1992.

HELD, David. MACGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HERVADA, Javier. *Crítica Introdutória ao Direito Natural*. Porto: Resjuridica, 2002.

JAYME, Fernando G. *Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KANT, Immanuel. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. *Doutrina do Direito*, traduzida por Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Escritos Varios sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Princípia Editora, 2006.

NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. Madri: Tecnos, 2002.

_____. *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Navarra: Garrigues Cátedra, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIDEKUM, Antonio. *Multiculturalismo: desafios para a educação na América Latina*. Pelotas: FURG/UFPeL, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar a democracia*. Lisboa: Fundação Maria, 2000.

SILVA, Roberto Luiz, *Direito Internacional Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos Fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2004.

TEIXEIRA, António Braz. *Sentido e Valor do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Na apresentação do livro de Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987

VILLEY, Michel. *A Formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CASTELLANI, José. “*Maçonaria e Astrologia*” . São Paulo: Editora Landmark, 2004.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n.46, p. 119-134, jul./dez. 2006. VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*.

Fontes internet:

- Enciclopédia Winkipedia- http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos
 - Dictionnaire de la Franc-Maçonnerie et des Francs-Maçons"-Belfond-Paris-1971- <http://www.triumphododireito.triunfo.nom.br/tbliberdade.htm>
 - www.bdjur.stj.gov.br
 - www.stf.jus.br acesso em 09.11.2009
 - <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=1>- acesso em 29.10.2009.
 - <http://www.hottopos.com/notand3/agrafoi.htm> - acesso 05.09.2010
 - <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/4440.pdf> - acesso em 07.09.2010.
- “Justiça com sensibilidade”. 25.06.2010 - <http://daleth.cjf.jus.br/vialegal/materia.asp?CodMateria=1478>

ANEXO**ANEXO I****Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768-4 Distrito Federal**

Relatora: min. Cármen Lúcia

Requerente(S): Associação Nacional das Empresas de
Transportes Urbanos (NTU)

Advogado(A/S): Luiz Alberto Bettiol e outro (A/S)

Requerido(A/S): Presidente da República

Advogado(A/S): Advogado-Geral da União

Requerido(A/S): Congresso Nacional

Interessado(A/S): Associação dos Usuários de Transportes Coletivos de Âmbito
Nacional (Autcan)

Advogado(A/S): João Batista de Souza

Relatório

A senhora ministra Cármen Lúcia - (Relatora):

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada em 1º de agosto de 2006 pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano (NTU), contra pretensa inconstitucionalidade do art. 39, caput, da Lei n. 10.741 (“Estatuto do Idoso”), de 1º.10.2003, em face dos arts. 22, inc. XXIII, 37, inc. XXI, 175, caput, 194, 195, § 5º, 203, inc. I, e 230, § 2º, da Constituição do Brasil.

2. A norma impugnada garante a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos aos idosos e está assim redigida:

“Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.”

3. Alega a Autora que a presente Ação Direta “visa apenas que o Supremo consagre uma interpretação (ou elimine uma dentre as possíveis do art. 39 do Estatuto do Idoso Lei n. 10.741/2003) de que seja compatível com inteligência harmônica dos arts. 30, V; 37, XXI; 175; 195, § 5º; 203, I e 230, caput, e § 2º, todos da Constituição, de forma a desvendar os limites e possibilidades de aplicação da regra de gratuidade no cenário do serviço de transporte urbano prestado indiretamente pelo Município, isto é, no regime de permissões e concessões.” (fl. 5)

Sustenta ela que:

a) o direito daqueles que têm mais de 65 anos ao transporte gratuito “encarna uma decisão política de amparar a velhice como valor constitucional, por isso deve ser classificado ou como direito social de uma fatia determinada da população, logo de segunda geração; ou **como direito de solidariedade ou fraternidade**, ligado à assistência social, e por isso pertencente à classe dos direitos de terceira geração, (...) o que já [seria] bastante para inferir que a sua implementação pelo poder público municipal, sempre a atrair prestações positivas de cunho oneroso, submeter-se-á à luz da chamada reserva do possível” (fl. 6);

b) “o transporte coletivo urbano (...) não carrega em si nenhuma ação de amparo ao idoso, eis que decorre de prestação positiva municipal (art. 30, V, CF)”, razão pela qual o direito à gratuidade reconhecido aos maiores de 65 anos seria um direito “oponível contra o Município (...).[Logo,] é o governo local que deve tomar as providências necessárias, legislativas e administrativas (...) para que o maior de 65 não tenha que pagar para fruir deste serviço” (fl. 9);

c) “desse direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro decorre a impossibilidade de edição de lei que, frustrando as expectativas de receita do contratado, não preveja qualquer forma de compensação, isto é, de suporte dos custos” (fl. 13). Mais ainda, segundo ela, “(...) o delegatário de serviço público [tem] o direito de ver mantida a política tarifária estabelecida contratualmente, que não pode ser alterada em suas condições por inserção de um elemento novo que, gerando descompasso entre as obrigações das partes, torne mais oneroso o dever do concessionário /permissionário (...)”, e

d) “tem-se como inconstitucional a aplicação do art. 39 do Estatuto do Idoso aos permissionários e concessionários do serviço de transporte enquanto não e até que seja sanada um incompletude da norma, qual seja, a instituição de mecanismo de compensação ou fonte de custeio.” (fl. 22)

Ao fundamento de que a norma questionada não poderia alcançar as empresas que exploram o serviço de transporte urbano sob o regime de concessão ou permissão, a Autora busca: a) a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, da interpretação contrária ao entendimento afirmado por ela; ou b) alternativamente, seja reconhecida a omissão parcial do art. 39 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), declarando-se inconstitucional a sua incidência àquelas empresas, até que seja editada lei nacional dispondo sobre o regime de compensações da gratuidade nela assegurada; ou c) sendo aqueles pedidos julgados improcedentes, seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal, por afronta aos arts. 37, inc. XXI, 175 e 195, § 5º, da Constituição da República.

4. Em vista da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social, adotei o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99, conforme despacho de fl. 113.

5. As autoridades requeridas, a saber, o Presidente da República e o Congresso Nacional apresentaram informações.

6. Das prestadas pelo Presidente da República, datadas de 29 de agosto de 2006 – que fez juntada de Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (fls. 136-143) e a Nota Técnica (fls. 144-145) –, tem-se a assertiva de que a questão central posta pela Autora seria econômica, e não jurídica.

Afirma aquela autoridade que a partir da norma prevista no art. 230, § 2º, da Constituição da República não seria possível “asseverar que está assegurado aos concessionários e permissionários direito ao ressarcimento pela implementação do direito concedido aos idosos ao transporte urbano gratuito, uma vez que não há no texto constitucional esta previsão.” (fl. 128)

Assim, concluiu, os concessionários e permissionários que firmaram contrato antes da Constituição da República não teriam o alegado direito adquirido à revisão

contratual em razão do advento da norma questionada, assim como não o têm aqueles que firmaram contratos após a Constituição, pois esses já tinham conhecimento integral dessa gratuidade, “portanto deveriam incluir no custo total parcela referente ao exercício deste direito por parte dos maiores de 65 anos.” (fl. 130)

7. Em 26 de setembro de 2006, o Advogado-Geral da União, em parecer de fls. 147-164, defendeu a constitucionalidade da norma questionada, pugnando pela improcedência do pedido, “de modo a ser declarada a total compatibilidade do art. 39 da Lei Federal n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, com as disposições da Constituição Federal.” (fl. 164)

Lembrou ser “pacífico o entendimento (...) segundo o qual não se pode admitir a ‘inconstitucionalidade de uma norma constitucional’” (fl. 151), daí a impossibilidade jurídica do pedido da Autora, uma vez que busca o reconhecimento da invalidade da norma do art. 230, § 2º, da Constituição da República, que foi redigido pelo constituinte originário.

Afirmou também que “a legislação que regulamenta as concessões e permissões de serviço público não obriga ao poder concedente a praticar política de complementação tarifária como pretende fazer prevalecer a requerente. Tal diploma legal apenas contempla uma faculdade à entidade concedente de destinar algumas fontes de receitas alternativas, de modo a tornar mais acessível a tarifa e a fruição do serviço”. (fls. 159-160)

Por fim, o Advogado-Geral da União sustentou que “o direito à gratuidade do transporte aos idosos não é benefício da seguridade social e, portanto, não se submete a seu regime jurídico. Ademais, registre-se o fato de o Constituinte não ter previsto qualquer espécie de financiamento ou de compensação financeira para a plena aplicação do direito que instituiu, ao contrário do que fez quando cuidou da seguridade social.” (fl. 162)

8. Em 3 de outubro de 2006, a Associação dos Usuários de Transportes Coletivos de Âmbito Nacional – Autcan pleiteou a admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, o que foi deferido (fl. 243).

9. Em 23 de outubro de 2006, o Procurador-Geral da República manifestou-se, ressaltando ter ajuizado, neste Supremo Tribunal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.096-5 em face da expressão “exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares”, contida no art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Segundo o Procurador-Geral, a exceção “restringe, de modo indevido, o acesso gratuito dos maiores de 65 anos aos serviços de transporte seletivos e especiais, limitando, por via de consequência, o alcance da garantia constitucional” (fl. 171). Requereu o apensamento dos autos, para fins de julgamento simultâneo.

No mérito, reiterou os argumentos trazidos aos autos pelo Presidente da República e pelo Advogado-Geral da União e pediu a “parcial procedência do pedido, para que seja declarada inconstitucional a expressão ‘exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares’” (fl. 176), contida no art. 39 da Lei n. 10.741/2003.

Este o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias aos eminentes Ministros deste Supremo Tribunal Federal (art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

Da ação

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada, em 1º.8.2006, pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano – NTU, na qual se questiona pretensa inconstitucionalidade do art. 39, caput, da Lei n. 10.741, de 1º.10.2003 (“Estatuto do Idoso”), em face dos arts. 22, inc. XXIII, 37, inc. XXI, 175, caput, 194, 195, § 5º, 203, inc. I, e 230, § 2º, da Constituição da República.

2. A pretensão da Autora de ver afastada a aplicação do art. 39 da Lei n. 10.741/2003 em relação às empresas que exploram o serviço de transporte urbano sob o regime de concessão ou permissão não pode prosperar pelos fundamentos que se passa a expor.

O Direito à Qualidade de Vida Digna dos Idosos e os Deveres Constitucional da Sociedade (art. 230, § 2º da Constituição)

2. O § 2º do art. 230 da Constituição da República é taxativo ao estatuir que:

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

(...)

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.”

3. Ao aprovar a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o legislador ordinário nada mais fez que dotar de efetividade um dos direitos sociais do idoso (art. 230 e seu § 2º da Constituição da República).

O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (“Estatuto do Idoso”) dispõe:

“Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.”

4. Em essência, tem-se que o direito ao transporte gratuito dos que têm mais de 65 anos não é um fim em si mesmo. A facilidade de deslocamento físico do idoso pelo uso de transporte coletivo haverá de ser assegurado, como afirmado constitucionalmente, como garantia da qualidade digna de vida para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos, de modo a que lhe assiste, nesta fase da vida, direito a ser assumido pela sociedade quanto aos ônus decorrentes daquele uso.

Na Nota Técnica do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (fls. 144-145), foram apresentados dados da Secretaria Nacional de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social indicativos do contingente de idosos de baixa renda no Brasil, vulneráveis econômica e socialmente, e que se utiliza precipuamente do transporte coletivo gratuito.

Só em “(...) julho de 2006, 1.138.004 (hum milhão, cento e trinta e oito mil e quatro) idosos perceberam o benefício de prestação continuada (BPC), benefício não contributivo da assistência social destinado a idosos sem cobertura previdenciária, cuja renda per capita familiar é de 1/4 do salário mínimo.” (fl. 144)

Os preços das tarifas de transporte podem constituir dificuldades a mais, quando não impossibilidades, enfrentadas pelos idosos e que os levam a manter-se acantonados em suas casas, impedidos de se deslocar e fadados a esperar visitas que não vêm, médicos que não chegam, enfim, vidas que se acomodam pela falta de condições para que a pessoa circule. No interior de Minas se diz que “velho quando não anda, desanda”. É inimaginável que estejamos construindo uma sociedade em que uma geração, que ainda tem pernas a andar e estradas a palmilhar, permaneça aquietado por carência de condições para circular. Nem é isso que dispõe a Constituição brasileira.

5. Insiste a Autora que esse direito do idoso não seria de primeira, mas de segunda ou até mesmo de terceira dimensão. Essa discussão não tem cabimento aqui para o desate da questão posta a exame. Primeiro, porque independentemente da classificação, como consignado na Constituição, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a participação do idoso na comunidade. Segundo, porque essa participação demanda, salvo em casos específicos, a possibilidade de os idosos se locomoverem. Terceiro, porque a dignidade e o bem-estar dos idosos estão fortemente relacionados com a sua integração na comunidade para que se possa dar a sua participação na vida da sociedade.

Não é aboletado e aquietado em razão de sua carência para pagar transportes por meio dos quais possam se locomover que se estará garantindo ao idoso o direito que a Constituição lhe assegura.

6. O transporte gratuito, especialmente para os idosos que sobrevivem de aposentadorias insuficientes para o suprimento de suas necessidades básicas, apresenta-se como verdadeiro suporte para que possam exercer, com menores dificuldades, seu direito de ir e vir.

7. Diferentemente do alegado pela Autora, o direito dos idosos ao transporte gratuito, previsto na norma do § 2º do art. 230 da Constituição da República, é de eficácia plena e tem aplicabilidade imediata. Assim, desde a promulgação da

Constituição da República, esse direito compõe o sistema normativo na condição de direito exigível pelos idosos, sem a necessidade de criação de qualquer outra norma que trate da matéria.

Sobre a questão leciona José Afonso da Silva:

“O gozo desses direitos aqui reconhecidos, já decorre da própria Constituição, mas o Estatuto os especifica, porque há peculiaridades que não seriam reconhecidos sem essa especificação ... Aos maiores de sessenta e cinco anos é assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos (é justo lembrar que esse direito do idoso ao transporte nasceu na Prefeitura de São Paulo por obra do então Prefeito Mário Covas...).” (SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 863)

8. A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível.

Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser “o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais ... que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado.”

Também afirmei antes que “O verbo constitucional, no qual (os direitos sociais) se põem assegurados normativamente, fez-se fruto de lutas que devoraram homens e desertaram comunidades inteiras. A verba constitucionalmente assegurada, para que não se cuidassem de verbo inativo aqueles direitos conquistados, ainda está em processo de aquisição, mas não pode ser negada.”

9. No caso em foco, assegurou-se, constitucionalmente, aos idosos o direito ao transporte coletivo gratuito. A lei n. 10.741/2003 garantiu a forma de se dar cumprimento àquele comando constitucional.

10. A alegação de inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 10.741/03, com o que não se poderia exigir o direito constitucional do idoso sem se dar forma à assunção dos deveres financeiros pelo poder público concedente (que, no caso dos transportes coletivos municipais é o ente local) não se resolve pela declaração de inconstitucionalidade da norma contida naquele diploma legal.

Não se comprova a alegada nódoa de inconstitucionalidade a macular aquela norma.

Põe-se ela em perfeita conformidade com o quanto estabelecido constitucionalmente. Tem razão, nesse passo, o Advogado-Geral da União ao afirmar que a pretensão da Autora acaba não passa, no fundo, de ser senão a de declarar inconstitucional o § 2º do art. 230 da própria Constituição, o que não é possível.

Como objeto de contratos de concessão, conforme já assentado na doutrina, sabe-se que a prestação de serviço público de transporte atribuída pelo Estado ao particular, que deve prestá-lo em nome próprio e por sua conta e risco e, para tanto, deve cumprir as condições fixadas pelo Poder Público, há de obedecer ao princípio da juridicidade. Ora, o sistema jurídico fundamental vigente estampa o direito do idoso ao transporte coletivo gratuito.

11. O investimento e os gastos oriundos da prestação dos serviços públicos de transporte coletivo, delegado pelo ente público ao particular, haverão de ser calculados e haverão de ser definidos na relação delegante-delegado, sem que tanto seja traspassado ao particular, menos ainda àquele que, por força da norma constitucional (art. 230, § 2o) e infraconstitucional (art. 39 da Lei n. 10.741/2003), haverá de fruir gratuitamente do serviço.

12. Imprópria juridicamente é a assertiva de que não se poderia exercer aquele direito constitucional do idoso antes que se fixasse, contratualmente (entre o ente delegante e a empresa delegada), a forma de assunção dos ônus financeiros pelo ente público.

Ao reconhecimento de que o Estado pode alterar, unilateralmente, as condições fixadas para os contratos de concessão e permissão, tem-se, de um lado, que o particular tem a garantia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, de outro, que as normas constitucionais devem ser cumpridas.

Compete ao contratado particular comprovar perante o ente contratante a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em quanto, como e porque para que seja feito se for o caso e segundo dados específicos.

A constitucionalidade da garantia não ficará comprometida, em qualquer caso, pois o idoso tem, estampado na Constituição, o direito ao transporte coletivo urbano gratuito. Quem assume o ônus financeiro não é questão que se resolve pela inconstitucionalidade da norma que repete o quanto constitucionalmente garantido.

Isso bastaria para aniquilar o argumento da Autora, segundo o qual a exigência de cumprimento do direito dos idosos à gratuidade dos transportes estaria a romper com o equilíbrio econômico-financeiro.

A argumentação da Autora, nesse ponto, há de ser tido como perverso. Os idosos não são em número suficiente para aniquilar os ganhos dos empresários.

De outra parte, não há direito adquirido a se contrapor a direitos previstos constitucionalmente, como os que se referem aos idosos. Logo, mesmo nos contratos de concessão ou permissão assinados antes da promulgação da Constituição, em respeito à garantia de equilíbrio, o máximo que poderiam requerer os delegados dos serviços de transporte municipal e intermunicipal seria da alteração dos contratos para cobrir-se, financeiramente, com os ônus comprovados em planilha sobre o uso dos transportes delegados pelos idosos. Teriam, para tanto, de provar quantos e em que condições aqueles serviços onerariam os seus contratos.

De novo, a espécie não estaria a contemplar inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 10.741/2003, senão que a forma de implementar o quanto nela posto.

Ademais, após a promulgação da Constituição da República, todos os concessionários e permissionários estão submetidos às suas normas, não podendo, desde então, alegar que não sabiam do direito dos idosos ao transporte coletivo gratuito.

Mais ainda, os custos advindos da gratuidade fazem parte de estudos de viabilidade do negócio assumido pelo particular e estão incluídos entre os custos do serviço, os quais são tidos, como ponderado pelo Advogado-Geral da União, “como fator importante na fixação da política tarifária, os aspectos econômicos atinentes à efetivação de tal direito.” (fl. 158)

Conforme lembrado no Parecer do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, “qualquer cidadão sabe que, independentemente da quantidade de pessoas que utilizam o transporte público, ele deverá ser prestado em horários pré-determinados pela Administração. O custo desta operacionalização é estável. O que se quer demonstrar é que a empresa não tem um custo maior por estar transportando pessoas idosas. O transporte encontra-se ali, disponível, com o custo já estabelecido.”

Logo, a compensação pela gratuidade de transporte coletivo urbano aos idosos, pleiteada pela Autora, que não encontra previsão na Constituição da República, só é admitida quando ficar provado que houve “(...) prejuízo real para as empresas de transporte público em regime de concessão ou permissão, um desequilíbrio extraordinário e inesperado.” (fl. 142)

O que patentemente não ocorreu, haja vista ser praxe, entre concessionários e permissionários, a previsão dos custos e dos lucros, não se podendo dizer da existência de qualquer desequilíbrio econômico-financeiro causado pela norma do art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que, repete-se, não criou exigência nova alguma no ordenamento jurídico brasileiro.

Como esclarecido no Parecer do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, esse “mecanismo compensatório, em tese, somente pode ser observado em casos específicos, com a comprovação de praxe ante a Administração ou o Poder Judiciário.

Ora, o art. 65, "d" da Lei 8.666/93 que regula as licitações e contratos com a Administração Pública, prevê a possibilidade de alteração do contrato quando “para restabelecer a relação que as parte pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de

consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei n ° 8.883, de 1994)."

13. Deve ser, ao final, enfatizado que o direito dos idosos à gratuidade de transporte coletivo urbano não está incluído no rol de benefícios da seguridade social.

A despeito de estarem dispostas no Título VIII da Constituição República, que trata da Ordem Social, as disposições relativas à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), previstas no Capítulo II, não se confundem com aquelas afeitas aos idosos, situadas no Capítulo VI, sendo correto, por isso mesmo, afirmar que as normas constitucionais atinentes à seguridade social (arts. 194 a 204) não são aplicáveis à específica disciplina do direito dos idosos (art. 230).

De se concluir que, além de as concessionárias e permissionárias terem a obrigação de cumprir as cláusulas estipuladas para a prestação dos serviços de transporte, devem respeitar a Constituição da República. Como membros da sociedade, são elas titulares do dever de contribuir, efetiva e diretamente, para que as pessoas idosas em específico, tenham assegurado o seu direito à gratuidade dos transportes coletivos urbanos por força do princípio da unidade do sistema jurídico republicano.

Pelo exposto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.